

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

LE  
REFUS DE CONTRACTER

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Lundi 3 Juin 1929, à 2 heures,*

PAR

**Jean RICOT**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

---

|                  |                           |
|------------------|---------------------------|
| Président.....   | M. J. HÉMARD, professeur. |
| Suffragants..... | MM. BARTIN, professeur.   |
|                  | RIPERT, professeur.       |

---

BORDEAUX

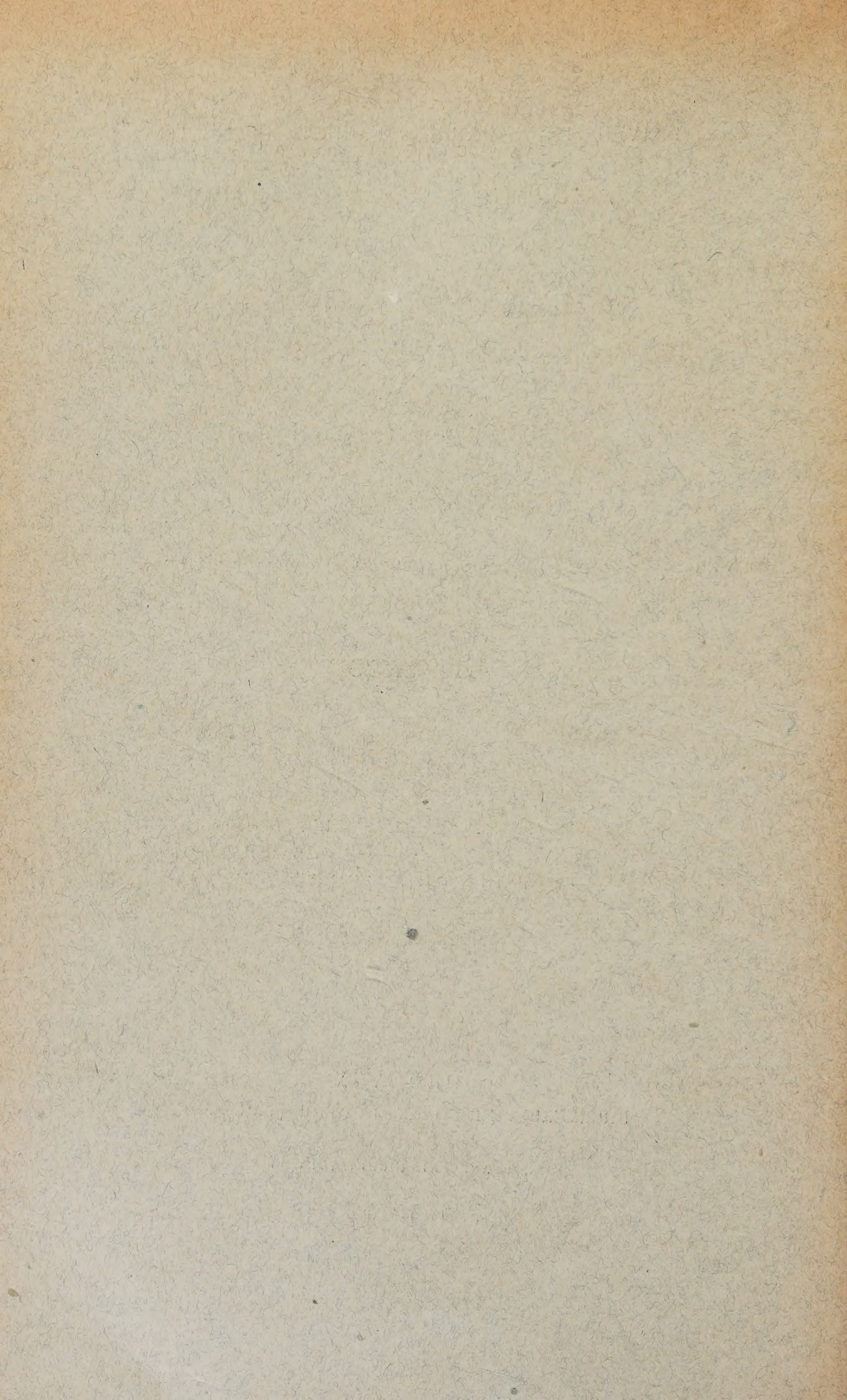
IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ ET DES FACULTÉS

Y. CADORET

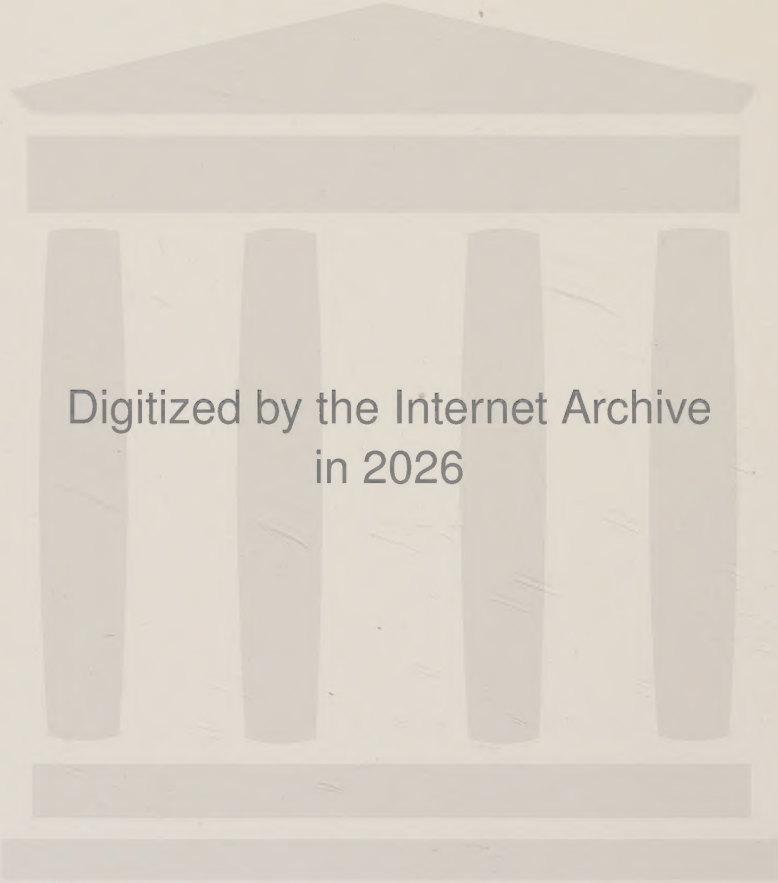
3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

---

1929







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

LE  
REFUS DE CONTRACTER

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Lundi 3 Juin 1929, à 2 heures*

PAR

Jean RICOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

---

|                  |                                                                |
|------------------|----------------------------------------------------------------|
| Président.....   | M. J. HÉMARD, <i>professeur.</i>                               |
| Suffragants..... | } MM. BARTIN, <i>professeur.</i><br>RIPERT, <i>professeur.</i> |

---

BORDEAUX

IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ ET DES FACULTÉS

Y. CADORET

3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

1929

---

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

---



LE

# REFUS DE CONTRACTER

---

## INTRODUCTION

---

### **Faits constitutifs du refus de contracter.**

Refuser de contracter, c'est refuser de participer à un contrat. Un contrat est l'accord de deux ou plusieurs volontés tendant à créer, transmettre ou modifier un droit. Il se compose donc d'un objet et d'un accord. Cet accord est réalisé par le consentement des parties à la matière du contrat. Refuser de contracter, c'est donc refuser son consentement à cet accord; c'est se dérober à ce *mutuus consensus* qui, en droit français, est créateur du contrat et suffit à sa perfection.

Ce refus peut évidemment se produire à des moments ou sous des formes différentes.

S'il suffit d'un trait de temps pour que le *mutuus consensus* s'établisse, le contrat lui-même, c'est-à-dire le projet sur lequel l'accord doit se faire, nécessite le plus souvent

une préparation qui peut être fort longue. Ainsi, avant le moment décisif où les consentements s'échangent et peuvent encore se dérober, s'écoule un certain temps au cours duquel il est question du futur contrat et des conditions de sa teneur. Le refus peut donc se produire avant la mise au point du contrat et dès le moment où il est question d'y souscrire.

Il revêt également des aspects différents, suivant la personne de qui il émane. En effet, les futures parties ne collaborent pas également à cette préparation; les unes ont un rôle passif, les autres, un rôle actif; parfois toutes y participent activement.

Le rôle passif appartient à la personne qui reçoit d'une autre une offre de contracter. Elle a donc une décision à prendre. Si elle refuse, c'est une simple abstention; elle se dérobe à la proposition, elle oppose l'inertie.

La personne qui a pris l'initiative des pourparlers, qui a fait parvenir à d'autres des offres de contracter, se reprend soudain. Elle renonce au contrat qu'elle avait conçu et qu'elle préparait. Son refus ne constitue pas une abstention, mais un acte positif; c'est le retrait de ses propositions premières, c'est la destruction de ce qu'elle avait entrepris. Il en est de même quand plusieurs personnes combinent entre elles un contrat; elles se font des offres mutuelles; si l'une, changeant d'avis, se retire, elle annule ce qu'elle a fait.

Mais ce refus peut encore revêtir une autre forme. Nous venons de dire qu'il constituait une simple abstention de la part de la personne qui s'est bornée à recevoir les propositions, et, par contre, un acte positif de la part de celle qui les a faites. Dans ces deux cas, le refus est postérieur au début des pourparlers, à l'offre par conséquent.

Il existe, en effet, une troisième nature de refus, intermédiaire entre l'abstention et l'acte positif, mais antérieure à l'offre elle-même. C'est le cas de la personne qui annonce, avant toute intention ou proposition, qu'elle ne veut pas contracter, ou de l'offrant qui incorpore dans son offre une restriction portant refus d'entrer en relations contractuelles avec telle ou telle personne. Ce n'est pas une abstention, puisque l'auteur manifeste sa volonté, l'extériorise, ni un acte positif, parce qu'il ne modifie aucune situation existante.

Un refus de contracter peut donc se manifester à des moments et sous des formes différentes. On peut le définir ainsi : *c'est l'attitude d'une personne qui ne veut pas ou ne veut plus contracter.*

### **Nature juridique de ce refus.**

Mais dans quelle mesure cette attitude est-elle un droit? Car elle participe incontestablement à l'ensemble de la vie juridique qui se compose en grande partie de contrats. Refuser de contracter constitue, en effet, un obstacle au développement des rapports juridiques. Accepter de contracter, c'est agir; refuser, c'est rester passif. En plus des effets qui influent sur l'ensemble de la vie juridique, une telle attitude peut avoir pour l'entourage de son auteur une influence plus ou moins directe, porter atteinte à des espoirs, ou même à des droits acquis. Le Droit ne peut s'en désintéresser. Or, nous ne trouvons rien dans la loi qui soit relatif à ce refus. Le contrat, résultat d'une acceptation de contracter, est longuement étudié sous sa forme générale et dans ses différentes applications quant à son exécution et quant à sa non-exécution. La loi est muette

sur la situation qui résulte d'un refus de contracter; situation négative, il est vrai, mais qui peut avoir en soi des conséquences tout aussi importantes; elle n'intervient ni pour protéger ni pour défendre. On ne peut donc en trouver les principes généraux que dans les principes mêmes des contrats.

Un contrat est la manifestation matérielle de volontés. Chaque partie est engagée, non par l'effet de la loi, mais par ce qu'elle a promis, par ce qu'elle a voulu. Pour que la volonté soit vraiment telle, il faut qu'elle soit libre, et pour que l'on veuille librement, il faut qu'on puisse ne pas vouloir. La liberté implique par essence la possibilité des contraires. Ainsi donc un contrat, pour être qualifié tel, doit être l'accord de deux ou plusieurs volontés libres, qui auraient pu tout aussi bien s'abstenir. Refuser de contracter est donc l'envers de l'acceptation de contracter. Libre de contracter, on doit être libre de refuser; ces deux oppositions ne sont que l'expression d'une même liberté : la liberté contractuelle <sup>(1)</sup>. Cette liberté, que nous déduisons de la nature même du contrat, la loi ne la proclame nettement nulle part, mais c'est un principe nécessaire que tout notre Droit prévoit <sup>(2)</sup>; on n'en veut pour preuve que le texte de l'article 1123, ainsi que les précautions prises pour protéger la volonté des contractants. Ainsi, l'individu qui a consenti à un contrat sous l'empire d'une contrainte n'a pas contracté avec pleine liberté : la coercition l'empêchait de refuser. La loi annule un tel contrat.

Ainsi donc, contracter et ne pas contracter constituent

---

<sup>(1)</sup> Campion, *Abus des droits*, p. 103.

<sup>(2)</sup> Campion, *loc. cit.*, p. 94.

les deux manifestations de cette liberté contractuelle, principe incontesté sinon reconnu formellement. Ces deux attitudes constituent des droits, ou plutôt des facultés. Le mot droit fait penser à un pouvoir découlant de la loi, le mot faculté exprime la manifestation d'une liberté générale inhérente à la personnalité.

Voici donc déterminée la nature du refus de contracter : c'est un droit que possède tout individu et que les tribunaux doivent protéger.

### **Développement de ce droit.**

Ce droit existe donc, semblable aux autres droits. Mais peut-il, comme eux, subir des atteintes ou même disparaître? Les deux grands agents de construction et de destruction, la loi et la volonté, peuvent-ils intervenir en cette matière? Rien ne s'y oppose, semble-t-il. La loi est toute puissante, et aucune barrière ne saurait l'arrêter. Elle porte atteinte à la liberté individuelle, à la liberté d'agir; il n'y a pas de raison pour qu'elle ne connaisse pas de la liberté contractuelle. Des motifs, légitimes d'ailleurs, peuvent l'y inciter. Elle interdit la faculté de contracter aux incapables; elle défend généralement ou à certaines personnes de contracter sur certains objets ou avec certaines modalités. Elle peut donc également s'opposer, dans certains cas, au droit de refuser de contracter. Voici donc une première restriction à notre faculté.

Chaque individu est maître de ses droits; à moins d'empêchements légaux, il peut les aliéner ou ne pas en user. Les deux facultés que nous étudions, bien qu'inhérentes à la personne, peuvent faire l'objet de semblables dispositions ou restrictions. Ainsi, on peut fort bien s'engager

à ne pas contracter pendant un certain temps, dans un certain lieu, à propos de certains objets; des engagements de cette nature sont pris journellement par tous les vendeurs de fonds de commerce. Le titulaire s'oblige donc à ne pas user de son droit de contracter. Il peut tout aussi bien s'obliger à ne pas user de son droit de ne pas contracter, c'est là une seconde restriction possible à cette faculté.

Enfin, un troisième agent restrictif surgit : c'est la jurisprudence. Chargés d'appliquer la loi, les tribunaux, aussi bien, s'inspirent souvent de l'équité quand elle fait obstacle à la loi ou quand elle la dépasse. Ainsi, ils n'hésitent pas à créer d'eux-mêmes certaines restrictions au droit de refuser de contracter quand ils y voient un intérêt de justice ou d'ordre social. C'est une troisième restriction capable de porter atteinte au droit de ne pas contracter.

Ainsi ce droit, comme tout ce qui existe, vit et se développe, mais peut aussi diminuer ou disparaître. Pour l'étudier, il nous faut donc envisager ses deux grandes phases : d'abord, ses applications, ensuite, les restrictions qu'il peut subir.

---

# **PREMIÈRE PARTIE**

## **LE DROIT DE REFUSER DE CONTRACTER SES APPLICATIONS**



## CHAPITRE PREMIER

### NATURE

---

En cherchant à préciser ce qu'était le refus de contracter, nous avons étudié sa nature. Ce n'est pas un droit défini, organisé et sanctionné par la loi. C'est une faculté — expression de la liberté contractuelle — qui est reconnue par le droit à l'état de principe coutumier et nécessaire. La jurisprudence, pour justifier ses décisions en la matière, se contente parfois de les fonder sur la liberté contractuelle. Mais elle cherche à s'appuyer sur des principes moins abstraits. Le droit de ne pas contracter va donc découler de principes moins généraux, de règles plus concrètes. La liberté contractuelle va, en un mot, se matérialiser. Ainsi, s'appliquant au droit de propriété, elle permet au propriétaire d'user et de disposer de sa chose comme il l'entend; de la louer ou de ne pas la louer; de la vendre ou de ne pas la vendre, sans restriction. Pour le commerçant et les industriels, la liberté contractuelle s'appelle « liberté du commerce et de l'industrie ». La jurisprudence la règle en s'appuyant sur la loi du 2-17 mars 1791. C'est une erreur, semble-t-il. Cette loi supprimait les corporations et leurs règles obligatoires. Désormais, à part quelques formalités de police, chacun peut se livrer à tel commerce ou telle industrie qui lui plaît, sans aucune entrave. Il ne

s'agit donc pas de liberté contractuelle. Mais, qu'importe; c'est devenu un principe absolu que le commerçant ou l'industriel peuvent, grâce à la « liberté du commerce et de l'industrie », contracter ou ne pas contracter. Quant aux patrons qui acceptent ou refusent à volonté les ouvriers qui se présentent, la jurisprudence se contente d'autoriser leur attitude par la liberté des conventions, sans faire appel à la liberté du travail, et elle a raison. C'est ce qu'elle fait pour tous les autres cas où une personne quelconque use de son droit de ne pas contracter.

Ainsi donc, qu'elle revête des qualificatifs différents ou qu'elle se justifie de façon différente, la liberté contractuelle offre un caractère général et emporte avec elle le droit de refuser de contracter, qui en est l'expression.

---

## CHAPITRE II

### CONDITIONS D'EXISTENCE

---

Pour qu'un droit existe, il faut qu'il ne soit entravé par aucune restriction, du fait de la loi ou de la volonté de son bénéficiaire. La loi, en supprimant un droit, la volonté, en renonçant à en user, aboutissent à constituer aux mains d'autrui un droit contraire. Le créancier cessant de l'être devient obligé, et l'obligé devient créancier. Aussi, le droit primitif n'existe plus, non pas tant parce que la loi l'a supprimé ou que la volonté y a renoncé, mais plutôt parce que désormais existe au profit d'autrui un droit contraire qui lui fait obstacle. On pourra exiger de l'ancien bénéficiaire qu'il fasse ce qu'il avait le droit de faire. Si Pierre perd son droit de ne pas contracter vis-à-vis de Paul, Paul a désormais le droit d'exiger de Pierre qu'il contracte avec lui.

Ainsi, la condition essentielle pour que le droit de contracter existe est qu'un droit contraire n'appartienne pas à autrui d'une manière ou d'une autre. Nous allons développer cette idée. Il faut donc, en un mot, que ce droit contraire n'existe pas, ou, s'il a failli exister, qu'il n'ait pu naître, ou s'il est né, qu'il soit nul. Dans tous ces cas, le droit de ne pas contracter subsiste.

## SECTION PREMIERE

### **Absence d'un droit contraire.**

C'est la condition unique, mais essentielle. Pour cela, il faut que ni la volonté ni la loi ne l'aient fait naître.

#### A. — ABSTENTION DE LA VOLONTÉ.

La liberté contractuelle peut être aliénée par son détenteur, soit par un acte en vertu duquel il s'engage à contracter, soit par une offre faite à un tiers de passer avec lui un contrat dont il précise tous les éléments. La liberté de celui qui s'engage a disparu et l'autre partie a le droit d'exiger qu'il contracte.

Mais des offres imprécises, des propositions vagues, en un mot un état d'où résulte une intention de contracter. ne peuvent-ils, sinon supprimer cette liberté, du moins la diminuer, en créant au profit d'autrui le droit partiel d'exiger un contrat?

*Situation des commerçants et industriels.* — C'est le cas du commerçant, de l'industriel, de l'entrepreneur de transports, de toutes ces personnes qui, par état, ne sont pas dans une entière indépendance vis-à-vis du public. Leur profession, qui consiste à passer des contrats, est à elle seule une invitation : tenir boutique avec enseigne, fabriquer, posséder des voitures, faire de la publicité, etc.

Il s'agit de savoir si ce fait constitue une manifestation de volonté assez forte pour faire obstacle à la liberté contractuelle, pour retirer à ces individus le droit, que tout le monde possède, de refuser de contracter.

Si le commerçant, l'industriel, le voiturier, font des offres

formelles, l'acceptation de la clientèle crée le contrat. Le boutiquier, qui expose des objets à sa devanture avec prix marqué, ne peut refuser de les livrer au client qui entre et demande à les acheter, le contrat est formé; l'industriel, qui adresse un catalogue, avec l'indication précise des conditions de vente, est obligé par les commandes qui lui sont faites; le voiturier, qui publie tous les éléments du contrat de transport qu'il a l'habitude de conclure, s'engage envers quiconque se présente. Dans ces différentes hypothèses, commerçant, industriel, voiturier, sont engagés, non pas en vertu de leur profession, mais parce qu'ils ont offert les marchandises de leur commerce ou leur concours. Par une offre précise, ils ont aliéné leur liberté comme l'aurait fait un simple particulier par des engagements précis.

Mais le plus souvent il n'en est pas ainsi. L'offre est incomplète. Le commerçant expose en vente des objets dont il n'indique pas le prix, ou même, à défaut de montre, la seule invitation faite au public résulte du libre accès de son magasin et de son enseigne; l'usine fonctionne et fabrique, mais cela n'implique pas de la part de l'industriel la volonté ferme de vendre; le voiturier garde des voitures dans ses remises ou ses garages, mais le prix et les conditions de transport restent inconnus. L'offre, alors, est trop vâgue pour qu'une acceptation survenant puisse en faire naître un contrat. Elle existe cependant et semble constituer un engagement de son auteur, basé sur les éléments qui y sont indiqués. Le client pourra-t-il s'en prévaloir?

Oui, si l'on admet la force relative d'une telle sollicitation, une obligation en résulterait quant aux éléments présents, base du futur contrat. L'offrant serait libre seulement de déterminer les éléments absents : fixer, par exemple, le prix

qui fait défaut; mais encore faudrait-il qu'il n'abusât pas de cette liberté, car, en demandant un prix excessif, destiné à éloigner l'acceptant, il manquerait à l'engagement partiel qu'il a consenti.

Non, si l'on se reporte au grand principe de la liberté contractuelle. Des offres de ce genre ne peuvent engager et porter atteinte au droit de refuser de contracter. L'admettre aurait, en effet, de graves conséquences. Tous ceux qui font métier de contracter avec autrui ne peuvent se passer de prévenir le public de leur profession et de leurs intentions. Les considérer comme engagés de ce fait, même partiellement, serait imposer au commerce et à l'industrie une sorte de servitude à l'égard du public; ce serait priver une partie notable de la société de la liberté contractuelle, la supprimer même de ce fait, car la plupart des relations contractuelles ont lieu à propos du commerce.

Aussi, commerçants, industriels, voituriers, malgré l'état d'offres que revêtent les signes extérieurs de leur profession, sont libres de contracter ou de ne pas contracter.

*Situation des employeurs.* — En est-il de même pour les employeurs? Les offres qu'ils adressent au monde du travail peuvent avoir plusieurs degrés. Le seul fait d'avoir un personnel constitue déjà une invitation aux ouvriers sans travail. Les grandes entreprises, en particulier, ont une embauche permanente. Mais, le plus souvent, l'employeur qui désire recruter de la main-d'œuvre fait des offres précises. Par annonces, par affiches, il fixe les conditions du contrat de travail qu'il est prêt à conclure avec qui se présentera. Se trouve-t-il obligé, de ce fait, envers quiconque accepte? S'il s'agissait d'un contrat purement matériel, la réponse serait affirmative. Mais le contrat de louage de services est *intuitu personæ*. L'habileté profes-

sionnelle, la personne même du futur contractant, son allure, sa mine y jouent un rôle primordial. Seule une entrevue, et souvent des renseignements complémentaires, peuvent décider. On peut admettre que le patron ne garde de ces réserves tacites qu'une liberté restreinte à l'appréciation des qualités personnelles du futur contractant, appréciation modérée afin qu'il ne renie pas son engagement d'une manière indirecte en exigeant des conditions personnelles excessives. Ici, comme pour le commerce et l'industrie, il y a lutte entre les effets possibles de la volonté et la liberté contractuelle. Mais, comme plus haut, la liberté contractuelle est la plus forte et l'employeur est libre, malgré les offres adressées, de refuser quiconque se présente.

*Situation des négociateurs.* — Une intention de contracter peut résulter aussi, non plus seulement d'une offre plus ou moins vague, d'une invitation tacite, mais d'une série de pourparlers, de négociations, par lesquelles deux personnes échangent leurs opinions au sujet d'un futur contrat qu'elles désirent conclure. De ces tractations, se dégage une certaine intention, voire même une volonté. Est-ce suffisant pour créer, à l'encontre des parties, une obligation restreignant leur liberté contractuelle? En principe, non. Aucun lien de droit ne peut résulter de ces négociations, qui n'ont pas de caractère juridique. Seuls, un contrat ou une offre précise peuvent créer des obligations. Ici, il n'y a ni contrat, ni offre, mais un simple état de fait que le droit ignore. D'ailleurs, on doit savoir, en conduisant ces pourparlers, qu'ils sont essentiellement précaires. Compter fermement sur leur aboutissement, entreprendre alors des préparatifs, engager des frais, est une imprudence que l'on commet à ses risques et périls. L'autre partie

n'a rien demandé, rien approuvé d'une manière qui puisse, en droit, l'en rendre responsable. Chaque partie conserve donc, en cette matière, son entière liberté et peut refuser de contracter.

*Situation des fiancés.* — Une application intéressante a lieu à propos du mariage. Des négociations particulièrement laborieuses précèdent généralement ce contrat : promesses, préparatifs, démarches, réceptions, d'où semble résulter une volonté précise de contracter. Les parties, c'est-à-dire les fiancés, vont-elles s'en trouver obligées et perdre, tout au moins partiellement, leur liberté contractuelle? Ici, plus encore que tout à l'heure, une réponse négative semble s'imposer. Le mariage est en effet un contrat que la loi entoure d'une attention particulière. Tandis qu'à propos des autres contrats nous pouvons, le cas échéant, soit par un contrat préparatoire, soit par une offre, renoncer à notre liberté contractuelle, le mariage ne supporte pas de semblables préliminaires. D'une part, l'hypothèse d'une offre à caractère juridique ne peut être admise, c'est *un contrat intuitu personæ* qu'une simple acceptation ne peut créer; d'autre part, un contrat préparatoire par lequel les parties, sous des sanctions de droit, se promettaient mariage, n'est plus possible. Tel était, il est vrai, l'antique contrat de fiançailles, que la jurisprudence déclare radicalement nul, comme portant atteinte à la liberté du mariage. Ainsi donc, ni par un contrat, ni par une offre, on ne peut aliéner sa liberté contractuelle; à plus forte raison ne le peut-on par de simples échanges de promesses vagues, par des actes sans caractère juridique.

Sans que le Code civil le proclame nettement, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour déclarer que la liberté du mariage est un principe absolu, ne comportant

aucune restriction. Un juge de paix a proclamé solennellement <sup>(1)</sup> : « De tous les actes de la vie civile, le mariage est un de ceux qui doivent être entourés de la plus grande liberté; on peut donc, malgré la parole donnée, ne pas épouser telle ou telle jeune fille; aucune loi ne force à exécuter sa promesse, n'ayant d'autre juge à cet égard que la voix de sa conscience. »

Et la Cour de cassation a précisé <sup>(2)</sup> : « Le seul fait de l'inexécution d'un mariage projeté ne peut, par lui-même, motiver une condamnation à des dommages-intérêts, puisqu'une telle condamnation porterait une atteinte indirecte à la liberté du mariage. »

Cette liberté résulte d'ailleurs de la solennité particulière qui entoure la conclusion de ce contrat et qui en constitue la garantie. Devant l'officier d'état civil, à l'abri de toute pression, les parties peuvent se prononcer librement...

*Situation des particuliers.* — Il en est ainsi, à plus forte raison, pour un particulier qui est resté dans une complète inertie, et même pour un propriétaire dont les immeubles peuvent constituer parfois, par leur situation, leur nature et leur état, une tentation ou même une invitation pour les acheteurs et surtout pour des locataires éventuels.

En résumé, commerçants, industriels, employeurs, propriétaires, particuliers, conservent intact leur droit de refuser de contracter. Des offres vagues, des propositions imprécises, des négociations ne parviennent pas à entamer leur liberté contractuelle. Seul un acte juridique, tel qu'un contrat ou une offre formelle, peut la supprimer et donner à autrui le droit d'exiger que l'on contracte. Mais la volonté

---

<sup>(1)</sup> D., 69. 3. 21.

<sup>(2)</sup> D., 02. 1. 46.

n'est pas le seul agent destructeur à envisager; la loi peut, de son côté, supprimer ou diminuer ce droit.

#### B. — ABSTENTION DE LA LOI.

Non seulement la loi ne porte pas atteinte, au point de vue général, à cette liberté contractuelle, mais elle la protège, la soutient dans ses différentes manifestations, sinon par des textes, du moins par des principes ayant une force incontestée.

*Situation des commerçants et des industriels.* — La loi du 2-17 mars 1791 relative à la liberté du commerce et de l'industrie, notamment dans son article 7, protège la liberté contractuelle des commerçants et des industriels; nous avons montré plus haut qu'en réalité cette loi était étrangère à la liberté des conventions. Peu importe que cette formule soit devenue une règle de droit : « Suivant les principes du Droit français, le commerce est libre », disent les décisions de justice. Cette liberté est un axiome juridique que la jurisprudence se plaît à affirmer, soit qu'elle en fasse application, soit qu'elle y déroge par exception. Tous les commerces, toutes les industries en profitent : « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est applicable, dit la Cour de cassation <sup>(\*)</sup>, à l'industrie des transports maritimes, comme à toute autre industrie. »

Toutes les lois, ordonnances, antérieures à la Révolution et contraires à ce principe, ont été abolies, entre autres l'ordonnance de 1563, qui obligeait à recevoir les voyageurs, sauf motif légitime. Toutes les décisions de justice la déclarent abolie (V. p. 100).

---

(\*) D., 83. 1. 105.

Mais il y a dans notre droit l'article 475 du Code pénal. al. 12, ainsi conçu : « Ceux qui, le pouvant, auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le secours dont ils auront été requis dans les circonstances d'accidents... et autres calamités... seront punis d'amende. » Est-ce que cet article est de nature à restreindre la liberté contractuelle en rendant illicite dans certains cas un refus de contracter? Cet article semble plutôt créer une sorte de réquisition qu'une obligation de contracter. Ainsi, un aubergiste refuse de recevoir dans son auberge un malade, malgré l'intervention des autorités. On a cherché, pour obtenir sa condamnation, à s'appuyer sur l'article 475 du Code pénal. Mais la Cour de cassation <sup>(4)</sup> déclara que cet article ne s'appliquait pas au cas envisagé. Ainsi, un commerçant peut refuser de contracter, même s'il y va de la vie d'un homme. Aussi, dans un cas analogue qui s'est produit à la même époque <sup>(5)</sup>, les décisions de justice, pour pouvoir condamner l'aubergiste coupable d'avoir laissé mourir une malade qu'il avait refusé de laisser entrer, durent inventer l'existence d'un contrat entre l'aubergiste et la voyageuse <sup>(6)</sup>.

*Situation des employeurs.* — Pour justifier la liberté des employeurs, la jurisprudence ne s'attache pas à un principe spécial. Elle se réfère simplement à la liberté contractuelle, ce qui est suffisant. Point n'est besoin de s'attacher en cette matière à la liberté du travail, principe qui protège le droit de travailler ou de ne pas travailler, dans les conditions et de la manière que l'on veut, mais qui est, comme

---

<sup>(4)</sup> D., 53. 1. 414.

<sup>(5)</sup> D., 59. 1. 46.

<sup>(6)</sup> Cohin, *L'abstention fautive*, thèse Paris, 1929, p. 178 et s.

la liberté du commerce et de l'industrie, étranger à la théorie des contrats.

*Situation des particuliers.* — Les particuliers, qui ne se sont pas engagés à contracter, peuvent refuser les propositions qu'on leur adresse. L'inertie est un droit qu'ils puisent dans cette liberté contractuelle, expression de la liberté individuelle qui découle de nos lois et de notre coutume juridique.

Quelle est la situation d'un médecin ? Il exerce une profession essentiellement libérale ; il est libre de soigner ou de ne pas soigner, de faire de la clientèle ou de n'en pas faire, de contracter ou de ne pas contracter, mais d'autre part, sa profession peut répondre, de par sa nature, à un besoin urgent. Un malade réclame des soins immédiats. Le médecin peut-il refuser son concours ? Au sujet d'une affaire rapportée au Dalloz (11, 5, 20), M. Ripert, dans la *Revue critique* (7) déclare qu'un médecin n'est pas obligé de répondre à l'appel d'un malade. « Il y a devoir moral, mais non obligation légale. » La loi ne touche donc pas à la liberté du médecin, mais il est possible qu'on le considère comme étant en état d'offres ; c'est une autre question.

Et le propriétaire trouve dans son droit, ainsi que nous l'avons vu, la justification de sa liberté contractuelle.

*Situation des associations et des syndicats.* — On s'est demandé si la liberté dont les associations et les syndicats font usage en refusant des candidats qui se présentent était en conformité avec la loi. La plupart des statuts contiennent une clause par laquelle l'association ou les syndicats se réservent le droit « de se prononcer librement sur l'admis-

---

(7) *Revue critique*, 1912, p. 197.

sion des membres éventuels ». Si les statuts constituent une offre à quiconque, cette clause est une restriction générale; un refus arbitraire est alors conforme aux conditions préalablement fixées. Mais, précisément, cette clause, manifestation d'une liberté absolue, est-elle licite? Les associations, les syndicats peuvent-ils, en un mot, se prévaloir, comme de simples particuliers, de la liberté contractuelle?

Aucun texte de loi ne s'y oppose. Tout semble au contraire favorable à cette solution. La loi de 1901 ne dit mot de la question. D'ailleurs, il serait difficile de justifier une restriction quelconque en cette matière. L'association constitue une organisation purement privée, qui ne présente pour ses membres qu'un intérêt restreint, même si elle est reconnue d'utilité publique. Le seul préjudice qu'un refus d'admission puisse entraîner est d'ordre moral; c'est une blessure d'amour-propre.

Un syndicat, au contraire, n'a pas de caractère privé. Autorisé et protégé tout spécialement par la loi, il réunit les membres d'une même profession pour en étudier et en défendre les intérêts. Si les adhérents n'en retirent pas de bénéfice pécuniaire, leur situation personnelle y trouve des avantages parfois considérables. Un refus d'admission entraîne plus qu'un préjudice moral. Cependant, la loi ne s'en occupe pas. Des travaux préparatoires à la loi de 1884, il résulte que la législation a entendu laisser aux syndicats une complète liberté de fonctionnement intérieur. Les conditions d'admission et d'exclusion ne sont pas traitées; l'article 2 dit seulement que : « Les syndicats pourront se constituer librement. » On en conclut qu'ils peuvent agréer ou non les personnes qui se présentent, et régler dans les statuts ces questions à leur guise. C'est la solution qu'adopte la jurisprudence dans ses très rares décisions. Le Tribunal

de la Seine <sup>(8)</sup> déclare : « Les syndicats qui se constituent librement sont en droit de n'admettre que les membres qui leur conviennent. » La Cour de cassation confirme cette jurisprudence <sup>(9)</sup> : « Si les syndicats professionnels ne peuvent déroger aux prescriptions de la loi pour l'admission de leurs membres, ils sont libres de les subordonner à la condition d'un consentement préalable. » — C'est-à-dire à leur bon plaisir. Le syndicat conserve donc, grâce à la loi et à la jurisprudence, un caractère privé; ce n'est pas une corporation. Cette liberté compense d'elle-même ses excès possibles. Plusieurs syndicats peuvent exister pour la même profession; aussi, les individus refusés, peuvent-ils créer un syndicat rival. Enfin, on peut vivre et prospérer sans être syndiqué, et les avantages que cet organisme peut faire obtenir rejaillissent sur ceux qui n'en font pas partie.

Mais il n'en est plus de même lorsque, par la volonté de la loi, l'association professionnelle est unique et qu'il est indispensable d'en faire partie pour pouvoir exercer la profession. Nous ne sommes plus en présence d'un syndicat véritable, mais d'une corporation; c'est le cas des barreaux. La lutte a toujours été très vive à ce sujet : un barreau est-il libre de son tableau? c'est-à-dire peut-il accepter ou refuser, selon son bon plaisir, les candidats qui demandent leur inscription? Déjà, au cours du xix<sup>e</sup> siècle, nous trouvons des décisions de justice qui instituent un recours contre les refus d'admission; ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 1868 <sup>(10)</sup>. Un licencié en droit a été refusé par le Conseil de l'Ordre d'un barreau de province. La Cour suprême estime : « Lorsqu'un Conseil de l'Ordre refuse

---

<sup>(8)</sup> *Gaz. Pal.* 12. 2. 532.

<sup>(9)</sup> *Gaz. Pal.*, 24. 2. 747.

<sup>(10)</sup> *S.*, 68. 1. 5.

d'admettre un avocat à l'exercice de sa profession près d'un siège, ce Conseil statue, non comme représentant d'une association volontaire, libre d'agréer ou de ne pas agréer un nouvel associé, mais comme une autorité publique chargée de faire justice et dont la décision, pouvant blesser un droit, ne saurait être affranchie de tout recours et de tout contrôle. » Du fait qu'une association perd son caractère privé pour devenir une sorte d'institution publique, elle n'est plus libre de contracter ou de ne pas contracter à son gré, si tant est qu'il y ait contrat en cette matière. Le décret du 20 juin 1920 a tranché la question. L'ordre n'est plus maître de son tableau; toute décision portant refus peut être déférée par l'intéressé, dans un délai de deux mois, à la Cour d'appel (art. 17, al. 2) <sup>(11)</sup>.

Ainsi donc, la loi protège directement ou indirectement la liberté contractuelle des commerçants et des employeurs. Les personnes privées particulières ou associations profitent des mêmes avantages, soit en vertu de leurs droits propres, soit en vertu du silence des textes législatifs.

En résumé, aucun droit contraire ne s'oppose au droit de ne pas contracter. La volonté ne s'est pas engagée, la loi n'a pas défendu; le droit conserve toute sa force, car il n'a pas d'adversaire.

## SECTION II

### **Echec du droit contraire.**

La situation, ainsi que nous allons le voir, ne change pas si ce droit adverse a failli naître, mais, en définitive, n'existe pas.

---

(11) Payen et Duvau, *Règles de la profession d'avocat*, p. 92-93.

Une personne a fait à un tiers une offre formelle de contracter. Elle est engagée, semble-t-il; sa liberté contractuelle a disparu. Mais un accident a empêché cette offre d'atteindre son but; le droit qu'elle devait créer au profit d'autrui n'a pu naître. L'offrant peut donc refuser de contracter comme par le passé, puisque cette sollicitation n'a pas eu d'effet.

Tantôt l'offrant, regrettant son offre, a pu la reprendre avant que le destinataire s'en soit emparé, tantôt celui-ci accepte quand l'offre est éteinte, tantôt l'acceptation n'est pas conforme à la teneur expresse ou tacite de l'offre. Dans chacune de ces hypothèses, les deux volontés ne se sont pas rencontrées, aucun effet de droit n'a pu en résulter, la situation antérieure n'est pas changée.

#### A. — OFFRE OU ACCEPTATION NON PARVENUE AU DESTINATAIRE.

La question ne peut se poser que si la manifestation de volonté, offre ou acceptation, a été extériorisée. Tant que la pensée ne s'est pas exprimée, il n'y a pas lieu de la rétracter. Mais l'offre ou l'acceptation ont revêtu une forme matérielle : des étiquettes sont préparées pour être fixées aux objets dont elles indiqueront le prix, la lettre de proposition est rédigée; l'acceptation a pris une forme écrite; jusqu'à ce moment, la manifestation de volonté reste l'entière propriété de son auteur, personne encore n'a pu s'en emparer. Il est libre de la supprimer.

Mais la lettre est partie, il le regrette; peut-il encore l'arrêter? Il s'agit simplement de la reprendre avant qu'elle soit remise à son destinataire; il le peut dans une certaine mesure, l'expéditeur restant propriétaire de sa missive tant qu'elle n'est pas distribuée. Mais il y a bien des chances

pour qu'il ne puisse rentrer en possession de celle-ci. La lettre va donc continuer son chemin, arriver au destinataire, qui retiendra l'offre ou, s'il s'agit d'une acceptation, considérera le contrat comme conclu. Il peut user alors d'un moyen sûr et rapide d'annuler ses propositions : le télégramme ou le message. Le destinataire ne peut protester. Pour avoir droit à l'offre ou à l'acceptation, il faut qu'il en ait pris connaissance; or, la lettre ayant été annulée par le télégramme — ou le message — qui l'a devancée, son auteur ne se trouve nullement engagé, il conserve intact son droit de ne pas contracter <sup>(12)</sup>. Il n'y a pas rétractation, mais simple destruction matérielle. D'autres événements, indépendants de la volonté de l'expéditeur, peuvent empêcher l'offre ou l'acceptation de parvenir à destination. Elles demeurent alors sans valeur, car, si le destinataire n'en est pas saisi, cette manifestation de volonté reste unilatérale. Le pollicitant dont l'offre n'est pas parvenue n'est donc pas engagé, non plus que l'acceptant <sup>(13)</sup>. Chaque partie conserve son entière indépendance. C'est l'application de la théorie de la réception adoptée par la jurisprudence : une manifestation de volonté n'est efficace que si elle est parvenue à son destinataire. Si l'acceptation, pour une quelconque raison, ne parvient pas à l'offrant, celui-ci est complètement dégagé de cette obligation. Comment, en effet, pourrait-il admettre que le destinataire a accepté et qu'il est par conséquent tenu? Ne recevant rien, il conclut logiquement à un refus. Si l'acceptant éprouve un préjudice, le responsable en est l'intermédiaire qui a mal rempli son office de transmetteur. Les gens d'affaires s'efforcent d'évi-

---

<sup>(12)</sup> Demogue, *Oblig.*, II, 540 *quater* — 540 *ter*.

<sup>(13)</sup> Demogue, *Oblig.*, II, 540 *quater* — 540 *ter*.

ler ce risque, en envoyant successivement deux lettres identiques, ou en confirmant leur lettre par un télégramme. Le droit anglais, au contraire, attaché à la théorie de l'émission, aboutit à des solutions tout opposées <sup>(14)</sup>. L'acceptation est valable dès que son auteur a fait tout ce qu'il lui était possible pour prévenir l'offrant de ses intentions, c'est-à-dire dès son envoi par les moyens normaux de transmission; le contrat est formé au moment de l'expédition; l'offrant est tenu, même si l'acceptation ne lui parvient pas.

#### B. — ACCEPTATION APRÈS DISPARITION DE L'OFFRE.

En principe, l'offre est perpétuelle. Aucune disposition législative ne vient, comme l'article 147 du Code civil allemand, mettre un terme à son existence. L'acceptation est donc efficace à quelque moment qu'elle se produise. Mais cette solution, en fait, est irréalisable; l'offre ne peut se comprendre que pour un certain temps <sup>(15)</sup>; la vie économique évolue rapidement. Intéressante au moment de son émission, l'offre peut devenir onéreuse par la suite. Faite *rebus sic stantibus*, elle ne peut durer et laisser son auteur dans l'incertitude d'une acceptation qui ne viendra peut-être jamais, ou à la merci d'une acceptation à laquelle il ne pense plus. Aussi, en fait, l'offre n'est-elle pas perpétuelle; ou elle est rétractée par son auteur, ou elle est frappée de caducité. Dans un cas comme dans l'autre, l'acceptation qui survient après l'un de ces événements est sans valeur. Aucun droit ne peut naître à la charge du pollicitant. L'offre a disparu : il a recouvré son entière liberté.

a) RÉTRACTATION. — C'est une manifestation de volonté

---

(14) Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, n° 704.

(15) Valéry, *Contrats par corresp.*, nos 190-191.

par laquelle l'offrant signifie au destinataire que l'offre qu'il a reçue est désormais sans valeur. Elle peut être expresse ou tacite.

*Rétractation expresse.* — Mais elle ne peut intervenir à tout moment. Le plus souvent, le destinataire profite d'un certain délai de réflexion, exprès ou tacite, selon les circonstances, pendant lequel il a droit au maintien de l'offre. Mais, ce délai passé, l'offrant reprend la faculté, un instant interrompue, de revenir sur sa volonté. Désormais, l'offre est précaire. Si l'acceptation se produit avant la rétractation, le contrat est évidemment formé; dans le cas contraire, elle est sans effet. Le destinataire, qui a eu le temps suffisant pour acquiescer, ne peut se plaindre; il perd son droit au maintien de l'offre. Mais à quel moment la rétractation doit-elle intervenir pour paralyser l'acceptation <sup>(16)</sup>? Des difficultés surgissent dans les contrats par correspondance. En cette matière, la jurisprudence adopte la théorie de la réception : la volonté transmise ne produit son effet que du moment où elle est parvenue à son destinataire. L'acceptation ne créera le contrat qu'au moment où le pollicitant en aura connaissance. La rétractation ne devrait supprimer le droit du destinataire qu'une fois reçue par lui. Il en résulterait des situations inextricables si acceptation et rétractation étaient parties en même temps. Dès que le délai de rigueur est expiré, le destinataire doit s'attendre à tout instant à une rétractation. Le droit qu'il possède encore d'accepter n'est plus qu'un droit précaire, soumis à la volonté de l'offrant. Dès que la rétractation est émise, elle produit son plein effet; l'offre a disparu. Ces différentes questions ont été envisagées dans une affaire qui s'est dérou-

---

(16) Demogue, *Oblig.*, II, 561.

lée en 1869 et 1870. Par lettre du 4 avril, Brousse avait offert à Fardeau une certaine quantité de sacs de charbon de bois. Le 7, Fardeau répond qu'il accepte, mais, le même jour, Brousse retirait son offre. Les deux lettres étaient arrivées le même jour. Fardeau prétend que le contrat est formé, Brousse refuse de l'exécuter : l'offre ayant été retirée, il n'est pas engagé. Le Tribunal de commerce <sup>(17)</sup> donne raison au demandeur, par le motif que la rétractation, pour être valable, doit être parvenue à la connaissance du destinataire. Sur appel, la Cour de Paris a infirmé le jugement. Il y a un certain délai tacite, au delà duquel l'auteur de l'offre n'est plus obligé de la maintenir; « la lettre d'acceptation n'a point été envoyée en temps utile, la rétractation de Brousse ayant été mise à la poste avant que celui-ci connût l'acceptation ». La Cour de cassation <sup>(18)</sup> a rejeté le pourvoi de Fardeau : « L'acceptation n'a pas été envoyée dans le délai d'usage. Ce délai expiré, Brousse avait le droit de revenir sur son offre. » La doctrine s'est donc formée que la rétractation vaut dès son émission.

*Rétractation tacite.* — Mais, bien souvent aussi, la jurisprudence déduit des circonstances une rétractation tacite.

Le pollicitant a pris la précaution de fixer un délai pendant lequel il s'engage à maintenir son offre; de cette réserve expresse, les tribunaux concluent qu'il entend être ensuite libéré. Il y a rétractation de l'offre dès l'expiration du délai, à défaut de confirmation.

Mais la jurisprudence va plus loin. A défaut de délai fixé par l'offrant, elle en détermine un d'après les circonstances de la cause ou les usages, ou d'après les termes de l'offre, et

---

<sup>(17)</sup> S., 69. 2. 287.

<sup>(18)</sup> S., 70. 1. 296.

décide qu'étant donné la volonté présumée de son auteur, l'offre, passé ce délai, est rétractée. Un arrêt de la Cour de Bordeaux (17 janv. 1870 <sup>(19-20)</sup>) tranche la question. Un impresario fait à une artiste des propositions définitives d'engagement, par un télégramme dont la réponse était payée. La Cour conclut de ce fait que « l'expéditeur était pressé de recevoir la réponse, et que la durée de son offre était d'un délai fort court ». En effet, moins de quarante-huit heures après l'envoi de ce télégramme, ne recevant pas de réponse, l'impresario considérait son offre comme tombée, et engageait une autre artiste. La Cour reconnut qu'il avait agi à bon droit. Une autre affaire assez semblable, également soumise à la Cour de Bordeaux <sup>(21)</sup>, reçoit une solution analogue. Un propriétaire fait des offres de vente à un négociant en vins; l'acceptation ne lui arrive que trois jours après, alors qu'il avait disposé de sa récolte. Le Tribunal de commerce décide que « suivant les usages de Bordeaux, surtout aux époques de vendanges, où les prix sont soumis à des fluctuations incessantes, passé un délai de vingt-quatre heures, les propriétaires peuvent se considérer dégagés de leurs offres s'ils n'ont pas reçu de réponse. » La Cour confirme en ces termes : « Il est certain que des propositions non acceptées dans un bref délai ne peuvent lier indéfiniment les détenteurs de vins et les mettre à la discrétion des acheteurs, qui spéculeraient sur les variations des cours. »

Ainsi donc, l'offre est bien rarement perpétuelle. Dès que se trouve écoulé le délai exprès ou tacite, une rétractation de l'offrant peut intervenir, et, si elle n'a pas lieu, la jurisprudence la suppose la plupart du temps.

---

<sup>(19-20)</sup> S., 70. 2. 219.

<sup>(21)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, nos 192, 194.

<sup>(22)</sup> D., 92. 2. 390.

b) CADUCITÉ. — L'offre peut cesser d'exister par elle-même. Considérée par la jurisprudence et la doctrine classique comme personnelle, elle suit le sort de son auteur; s'il meurt ou devient incapable elle disparaît <sup>(23, 24, 25)</sup>. Si le destinataire, ignorant cet événement, accepte dans les délais, le contrat ne peut exister. La bonne foi ne peut suffire à le créer; l'offre a disparu, rien ne peut la faire survivre. On admet, toutefois, que l'héritier ou le tuteur doivent prévenir l'acceptant éventuel de la disparition de l'offre; sinon, ils s'exposeraient à une certaine responsabilité, non pour refus de contracter, mais pour avoir négligé d'annoncer la caducité de l'offre <sup>(26)</sup>. Celle-ci conserve donc, en Droit français, un caractère nettement personnel; si, au contraire, elle constituait un engagement unilatéral, elle survivrait à son auteur, comme les obligations. La tendance générale est dans ce sens. Le paragraphe 130 (C. civ. allemand) considère la mort ou l'incapacité comme sans effet. Cette évolution s'était déjà produite à Rome, où les contrats avaient été, d'abord, des liens personnels qui mouraient avec l'individu. Il faut ajouter que le maintien de l'offre est susceptible d'amener des difficultés. L'acceptant pensait traiter avec le pollicitant; celui-ci a disparu; le voici engagé avec un héritier qui peut lui déplaire. D'autre part, comment maintenir l'offre en cas de faillite? La masse sera-t-elle obligée d'exécuter le contrat né de l'acceptation de cette offre?

Que l'offre soit rétractée expressément ou tacitement ou qu'elle soit frappée de caducité, l'acceptation est inopérante. L'offrant a recouvré sa pleine liberté contractuelle.

---

<sup>(23)</sup> S., 95. 1. 398.

<sup>(24)</sup> Aubry et Rau, t. IV.

<sup>(25)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, nos 204-210.

<sup>(26)</sup> Aubry et Rau, t. IV.

C. — ACCEPTATION NON CONFORME A LA TENEUR EXPRESSE  
OU TACITE DE L'OFFRE.

L'offre est parvenue au destinataire, qui l'a acceptée dans les délais. Il semble que le contrat doive se former, et que l'offrant soit désormais obligé. Il y a cependant une exception, dans le cas où l'acceptation, parvenue à temps à l'offrant, n'est pas conforme à la teneur expresse ou tacite de l'offre <sup>(27)</sup>.

a) ACCEPTATION NON CONFORME A LA TENEUR EXPRESSE DE L'OFFRE. — La teneur expresse de l'offre, ce sont les conditions qui y sont fixées : prix, délais de livraison, nature, qualité, quantité des objets. Ces conditions constituent un tout indivisible, base du projet définitif. L'offre, acte juridique, constitue un contrat en puissance auquel il ne manque que le consentement de l'autre partie. Celle-ci n'a qu'à accepter ou à refuser l'intégralité des conditions. L'acceptation, pour être valable, pour revêtir une valeur juridique, doit être pure et simple afin de s'harmoniser avec le projet de contrat qui ressort de l'offre <sup>(28)</sup>. L'identité n'est exigée, toutefois, qu'à l'égard des éléments du contrat. Peu importe qu'elle n'existe pas dans les expressions dont les parties ont fait usage si, en fait, elles ont toutes deux voulu la même chose <sup>(29)</sup>.

*Acceptation conditionnelle.* — Si, au contraire, elle contient des réserves, même sur des points secondaires, l'offre n'est plus acceptée entièrement. L'offrant ne peut se trouver lié par cette acceptation conditionnelle, qui constitue en

---

<sup>(27)</sup> Aubry et Rau, t. IV.

<sup>(28)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, n° 104.

<sup>(29)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, n° 105.

réalité un refus de l'offre primitive et une contre-proposition. Aucun lien juridique ne peut en résulter. Ce n'est qu'une demande d'entrer en pourparlers que l'offrant est libre d'agréer ou de repousser.

*Acceptation non conforme aux conditions.* — Il en est de même si l'acceptation, tout en étant pure et simple, ne répond pas aux conditions fixées par l'offre. Celles-ci peuvent concerner soit l'objet du futur contrat (on demande à acheter un tableau du <sup>xvii</sup><sup>e</sup> siècle, on vous présente un tableau du <sup>xviii</sup><sup>e</sup>), soit la personne même de l'acceptant (l'offrant ne consent à traiter qu'avec le producteur lui-même, sans intermédiaire).

La question devient plus délicate quand l'offrant se réserve catégoriquement d'agréer ou de repousser l'acceptant selon son bon plaisir. Cette clause est incontestablement valable, car elle n'est que l'expression de la liberté contractuelle. Qui peut le plus peut le moins; le pollicitant pouvait fort bien ne pas émettre d'offre; il le fait; il est libre de lui donner le degré d'intensité qu'il désire. Aussi, l'acceptant évincé ne pourra protester, l'offrant s'en tenant à la faculté qu'il s'est donnée de choisir son cocontractant. L'association fournit un exemple frappant. Ayant observé les formalités légales de la publicité, elle possède une personnalité. Elle fait connaître par la voie de la presse son nom, son objet, son siège social; elle dépose ses statuts, que tout le monde peut consulter. Elle prend pignon sur rue, comme un commerçant qui s'installe. Elle désire vivre et se développer, c'est-à-dire recueillir de nouvelles adhésions, en un mot contracter. Elle adresse à tous une offre. Mais dans quelle mesure peut-elle refuser les personnes qui vont se présenter? Dans celle prévue aux statuts, qui peuvent expressément fixer, pour l'admission, des conditions

d'âge, de profession, ou de moralité. Toutefois, il est plus souvent prévu que l'Assemblée générale ou le Conseil décideront de l'admission. L'association peut ainsi se réserver le droit d'agréer ou de refuser qui bon lui semble, même si le candidat remplit strictement toutes les conditions exigées. Elle reste dans son droit, et l'acceptant ne peut protester; il n'avait acquis de la pollicitation constituée par les statuts qu'un droit tout à fait précaire et aléatoire.

La première décision de justice en la matière est du Tribunal de paix du 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris <sup>(30)</sup>. Un candidat est refusé par le Syndicat des mandataires au Tribunal de commerce. Le juge s'en tient aux statuts qui portent que : « l'Assemblée générale statue sur les demandes d'admission au scrutin secret, sans avoir à motiver ses décisions ». Et il décide que : « L'Assemblée avait le droit de rejeter, sans avoir à motiver son refus, la demande d'admission, quelles que fussent les références fournies par le postulant. » Un arrêt de la Cour de cassation, du 27 octobre 1924 <sup>(31)</sup>, est venu confirmer cette jurisprudence. Autre cas : le Syndicat des représentants de commerce d'Ajaccio a refusé d'admettre un représentant. La Cour de Bastia condamne le Syndicat à l'accepter. Sur pourvoi, la Cour de cassation déclare; en cassant l'arrêt : « La décision prise au sujet d'une candidature dans les limites des statuts peut ne pas être motivée et n'est pas soumise à un recours en justice. L'article 12 des statuts comporte que le Syndicat prononce sur les adhésions; le Syndicat a donc le droit de recruter librement. »

L'acceptation doit donc être pure et simple. Il faut, de plus, qu'elle réponde, ainsi que son auteur, à toutes les

---

<sup>(30)</sup> *Gaz. Pal.*, 07. 2. 627.

<sup>(31)</sup> *Gaz. Pal.*, 24. 2. 747.

conditions fixées dans l'offre, et si l'offrant s'est réservé la liberté de choisir parmi les acceptants, l'acceptation est précaire.

b) ACCEPTATION NON CONFORME A LA TENEUR TACITE DE L'OFFRE. — Mais, à côté de ces conditions expresses, se situent des conditions tacites, restrictions de tous genres que l'usage a introduites ou que la nature du futur contrat nécessite dans la plupart des offres pures et simples. Ici comme plus haut, si l'acceptation ne respecte pas ces conditions d'un genre spécial, le contrat n'a pas lieu, et l'offrant conserve sa liberté. Mais, tandis qu'il suffisait tout à l'heure de comparer offre et acceptation pour se rendre compte de leur harmonie, il faut ici, préalablement à cette comparaison, déterminer la nature et la valeur de ces différentes conditions occultes.

Les unes se retrouvent dans toutes les offres, les autres sont particulières à certaines d'entre elles. Les unes proviennent de l'usage, les autres découlent nécessairement de la nature du contrat dont il s'agit.

1° *Restrictions tenant à l'exécution de l'offre.* — Deux restrictions, qui viennent de la théorie des contrats se retrouvent dans toute offre. Le cas fortuit et la force majeure constituent la première. Si, après l'émission de l'offre et avant son acceptation ou au moment de celle-ci, un événement vient à se produire qui met l'offrant dans l'impossibilité de réaliser son engagement, celui-ci s'en trouve libéré; puisqu'un contrat formé est, dans ce cas, résolu, à plus forte raison une offre de contracter doit-elle tomber.

Mais, la force majeure mise à part, tout contrat doit être exécuté, même si des difficultés surgissent que les contractants n'avaient pu prévoir. Toutefois, cette obligation ne peut être appliquée à l'offre simple. L'engagement de l'of-

frant n'ayant pas la force d'un contrat lié, on doit y sous-entendre la clause *sic rebus stantibus* <sup>(32)</sup>. L'offre est faite en raison de l'état du marché économique à un moment donné; si une modification sérieuse survient brusquement dans l'état du marché entre l'émission de l'offre et son acceptation par le destinataire, il faut admettre qu'elle disparaît, car toutes les prévisions ont été dépassées. Mais s'il ne s'agit que d'une fluctuation normale, elle persiste; et le pollicitant ne peut, pour se dégager, invoquer une situation devenue subitement difficile.

2° *Restrictions tenant à la nature de l'offre.* — Mais à côté de ces restrictions d'un caractère général, qui ont trait à l'exécution même de l'offre, toute une série d'autres tiennent à la nature du futur contrat. Si celui-ci est *intuitu materiæ*, les restrictions sont relatives à son objet même. S'il est *intuitu personæ*, elles se rapportent à la personne de l'acceptant.

3° *Restrictions relatives à l'objet de l'offre.* — Celui qui déclare acheter telle marchandise à tel prix ne peut être obligé d'acheter au delà de ses besoins. De même, l'auteur d'une offre de vente ne peut être contraint de vendre plus qu'il n'a en magasin. Toute offre est donc faite dans la mesure des besoins ou du stock disponible <sup>(33)</sup>.

Quand, par exemple, un objet unique est offert à plusieurs personnes et que plusieurs amateurs se présentent, il est bien certain que l'objet unique ne peut être attribué qu'à l'un d'eux. Les autres ont-ils le droit de poursuivre l'exécution de l'offre ? Non; car cette offre, de par la nature même de l'objet, contenait la restriction : « si l'objet n'est pas déjà vendu ». Le caractère unique de la chose se trouve

---

<sup>(32)</sup> Demogue, *Oblig.*, t. II, 560 bis.

<sup>(33)</sup> Demogue, *Oblig.*, t. II, 560 bis; Aubry et Rau, IV, 343, note 7 *ter*.

le plus souvent en lui-même : on propose de vendre un livre rare, un tableau, une collection; l'amateur doit songer nécessairement qu'il peut ne pas être satisfait. Il n'y a pas de choix à faire entre les différents acceptants. La première acceptation crée le contrat; l'offrant est désormais engagé, et quand les autres sollicitants acceptent, le contrat ne peut se conclure avec eux, faute d'objet. L'offrant est de ce fait dégagé envers les autres acceptants.

La nature de l'objet est susceptible de constituer par elle-même une restriction tacite. Une compagnie de transports fait des offres formelles; il est bien évident que si une personne se présente avec des marchandises dangereuses, des explosifs par exemple, la compagnie pourra refuser d'en assurer le transport. De même, une offre d'achat suppose des objets tout au moins de qualité moyenne; l'offrant peut refuser, s'ils sont de qualité inférieure. Ainsi, toute une série de restrictions de ce genre, découlant du bon sens et de l'usage, n'ont pas besoin d'être inscrites dans l'offre, et peuvent faire obstacle à la naissance d'un droit au profit de l'acceptant.

4° *Restrictions tenant à la personne de l'acceptant.* — Lorsque le contrat futur revêt un caractère *intuitu personæ*, l'objet du contrat passe au second plan, et la personnalité du futur contractant prend la première place. L'offre peut contenir tous les éléments matériels, mais l'élément personnel est difficile à décrire; certaines conditions, certaines exclusions peuvent être édictées, mais il y a, dans ces sortes de contrats, une impression personnelle que, seule, une entrevue peut fixer <sup>(34)</sup>. Il faut que le pollicitant puisse se rendre compte *de visu* de l'attitude, de la tenue de l'acceptant, de ce quelque chose d'indéfinissable qui fait

---

(34) Lalou, *Responsabilité civile*, p. 217.

qu'un individu vous plaît ou ne vous plaît pas, vous paraît capable ou incapable. Chaque offre *intuitu personæ* contient donc une restriction de ce genre, restriction tacite, que l'on ne prend pas la peine d'énoncer tant elle va de soi. Ainsi, d'ordinaire, un magasin n'a pas l'habitude de s'attacher à la personnalité de ses clients, le contrat est purement matériel. Mais s'il s'agit d'un magasin de luxe, fréquenté par une clientèle élégante, le commerçant pourra fort bien interdire l'entrée et par conséquent refuser de vendre à un client de mauvais mine ou de tenue par trop douteuse, qui pourrait, par son seul aspect ou ses propos, nuire au bon renom de l'établissement. Il en est de même pour certains hôtels. C'est également le cas du contrat des spectacles. Un théâtre, un cirque, un music-hall, font de la réclame, publient leurs prix et les conditions d'admission; le contrat semble formé par l'acceptation; l'élément matériel représenté par le prix des places est le plus important, néanmoins, le calme, la tenue, la dignité des acceptants sont nécessaires aussi, puisque, le spectacle commencé, le directeur est en droit d'expulser un client qui ne remplirait pas ces conditions. Celles-ci constituent donc un élément du contrat, élément personnel que l'on néglige d'inscrire formellement dans l'offre, mais qui s'y trouve implicitement inclus. L'offrant conserve donc un contrôle sur l'acceptant, et le contrat n'est pas conclu tant que ce contrôle n'a pas été exercé, la liberté contractuelle est réservée. Une sentence du juge de paix du ix<sup>e</sup> arrondissement de Paris <sup>(35)</sup>, honorée d'une note approbative de Labbé, conclut en ce sens. Un établissement de patinage, *Le Pôle Nord*, fait des offres formelles à tout venant par la voie des journaux et des affiches.

---

(35) S., 93. 2. 194.

Il semble donc accepter quiconque se présentera. Or le directeur refuse de laisser entrer un certain Boleslas Zdzienski. Ce dernier a été débouté par le juge. C'était un ancien professeur de patinage renvoyé de l'établissement et qui n'était plus, déclare le magistrat, dans les conditions d'une personne indépendante. Congédié pour manquement aux usages, le directeur était en droit de lui refuser l'entrée. Labbé approuve cette décision, qui constitue une dérogation au caractère formel de l'offre, mais qui s'explique par la situation spéciale de l'individu.

D'une ordonnance de référés du président du Tribunal de Pau <sup>(36)</sup>, on conclut à la même solution. Une personne se voit refuser l'entrée d'un casino. L'ordonnance déclare que ce refus n'est pas valable, car le spectateur n'avait pas l'habitude de troubler les spectacles auxquels il assistait. On peut déduire de ces termes que si cette personne avait eu cette habitude, on aurait pu, à bon droit, lui refuser l'entrée.

Un refus est possible toutes les fois que le spectateur ne se présente pas dans des conditions convenables ou vient dans le but de causer du scandale ou de troubler la représentation. En un mot, la restriction tacite consiste en ce que l'acceptant doit être en état d'exécuter convenablement le contrat qui va être passé.

Ainsi donc, dans ces hypothèses où l'offre est émise en vue de la prestation qui sera fournie, une restriction tacite, relative à la personne, permet à l'offrant, malgré le caractère formel de sa sollicitation, malgré l'acceptation pure et simple du destinataire, de ne pas être engagé et, sous le contrôle de la justice, de refuser de contracter avec l'accep-

---

<sup>(36)</sup> Droit, 30 déc. 1905; Demogue. *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 163.

tant. Celui-ci n'acquiert donc contre l'offrant qu'un droit conditionnel.

Il en est de même, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'un contrat exclusivement *intuitu personæ*. Tel le cas de louage de services. La personne du domestique ou de l'employé est tout. Le patron, auteur d'offres formelles, conserve cependant son entière liberté. La justice n'a aucun contrôle à exercer sur sa décision. L'appréciation des qualités personnelles a un caractère à la fois trop intime et trop important pour que l'on puisse la réglementer. L'acceptant n'acquiert en réalité aucun droit tant que le contrat n'est pas passé. Ce serait le cas du contrât qu'un médecin propose à ses clients éventuels. Le fait d'avoir apposé une plaque à sa porte et d'exercer constitue une offre à tous, bien que les prix ne soient pas indiqués, mais il est facile de les connaître grâce aux tarifs syndicaux. L'offre est donc complète, mais n'y a-t-il pas un élément personnel qui permette au docteur de refuser le client qui lui demande ses services? Le contrat qui résulte est en effet éminemment *intuitu personæ*. Il y a doute cependant à ce sujet <sup>(37)</sup> (V. p. 93).

Ainsi avons-nous vu que l'inexistence du droit n'est pas douteuse dans les premiers cas, soit que la manifestation de l'une des parties ne soit pas parvenue à l'autre, soit que l'acceptation intervienne quand l'offre n'existe plus. Mais là question devient plus délicate lorsque l'avortement du droit tient à la non-conformité de l'acceptation, aux conditions de l'offre, surtout si ces conditions sont tacites. On ne sait si l'on doit alors considérer le droit de l'acceptant comme existant ou non. C'est aux tribunaux à décider. La liberté contractuelle est, dans cette situation, équivoque.

---

(37) Cohin, *Abstention fautive*, p. 73.

### SECTION III

#### **Nullité du droit contraire.**

Une personne s'est engagée à contracter. Elle a donc, de ce fait, accepté d'aliéner sa liberté. Or, pour une raison quelconque, cet engagement devient nul. Son auteur retrouve sa liberté et peut refuser de contracter. Comment son partenaire pourrait-il l'y contraindre, puisqu'il ne dispose pas d'un droit efficace?

L'engagement a pour origine un contrat. On conclut avec une personne un contrat dont l'objet est un autre contrat. On s'engage mutuellement à contracter ensemble, plus tard, sur un objet précis. Cette opération assez singulière se comprend si les parties ne peuvent ou ne veulent passer actuellement ce second contrat. Celui-ci peut exiger une solennité qu'elles sont pour le moment dans l'impossibilité d'accomplir, mais elles veulent s'assurer l'une et l'autre de sa réalisation ultérieure <sup>(38)</sup>. Elles peuvent, d'autre part, ne désirer passer un contrat que plus tard. C'est le cas des promesses de vente <sup>(39)</sup>. L'acheteur éventuel n'est pas décidé à acheter sur le moment, mais il veut s'en réserver la possibilité; il passe avec le propriétaire de la chose un contrat en vertu duquel ce dernier consent à la lui vendre, si, durant un certain délai, il en manifeste le désir, s'il « lève l'option ». Dans ces deux hypothèses, il y a engagement à contracter; et cet engagement fait l'objet d'un contrat préalable. Ce contrat est comme tous les contrats, sauf qu'il a pour objet la conclusion d'un autre contrat qu'il prévoit

---

<sup>(38)</sup> Leduc, *Des avant-contrats*, thèse Paris, 1909, p. 7.

<sup>(39)</sup> Leduc, *Des avant-contrats*, thèse Paris, 1909, p. 7.

et prépare. Aussi lui a-t-on donné le qualificatif expressif d' « avant-contrat », qui va nous servir à le désigner dans l'étude qui suit <sup>(40)</sup>.

Nous allons envisager dans ce chapitre les hypothèses où l'engagement résultant de cet avant-contrat est nul, et, par suite, le droit qu'il a pu ouvrir à l'autre partie. Cette nullité peut s'attacher soit à l'avant-contrat soit au contrat définitif. Nous envisagerons enfin une troisième hypothèse, d'un droit plutôt absent que nul, mais que nous rattacherons à ce chapitre parce qu'elle dépend étroitement de l'avant-contrat.

#### A. — NULLITÉ DE L'AVANT-CONTRAT.

Ce pacte subit les vicissitudes des autres contrats. Comme eux, il peut être frappé de nullité absolue ou de nullité relative. Nous allons étudier tout d'abord la nullité absolue et, pour la facilité de l'exposition, nous diviserons notre exposé en deux parties; nous considérerons : l'inexistence de l'avant-contrat; puis sa nullité absolue proprement dite, mais nous éviterons de prendre parti dans cette grave controverse.

##### a) NULLITÉ ABSOLUE DE L'AVANT-CONTRAT.

1° *Inexistence*. — On est accoutumé à dire qu'un contrat est inexistant quand il lui manque un élément essentiel : le consentement, la désignation des parties ou l'objet.

Sans consentement, il ne saurait y avoir de contrat. Si l'un des parties contractantes est en « état d'inconscience », le pacte est nul.

Le contrat est également nul si les parties n'y sont pas dénommées ou si on ne peut fixer leur personnalité au

---

(40) Leduc, *L'avant-contrat*, thèse Paris, 1909, p. 3 et note 1.

moment de l'exécution, car on ne peut être engagé envers une personne qu'on ne connaît pas, ou que l'on n'est pas susceptible de connaître.

Enfin, il est nécessaire que l'objet soit suffisamment désigné<sup>(41)</sup>. Un contrat, en effet, a pour but de créer ou de modifier des obligations. Si celles-ci ne sont pas indiquées, le contrat est inexistant, puisque les parties ignorent ce à quoi elles se sont engagées. Le but de l'avant-contrat étant la conclusion d'un autre contrat, il est indispensable que tous ses éléments y soient fixés, qu'il s'agisse de sa nature ou de ses principales modalités. « Je m'engage à vendre » n'a pas plus de sens que « je m'engage à contracter », si les indications d'espèces ne viennent éclairer et préciser cette déclaration. Le prix constitue en particulier un élément essentiel de la plupart des contrats, notamment des contrats commutatifs ou à titre onéreux. S'il n'y figure pas, l'engagement est inexistant. Il n'est cependant pas nécessaire que ce prix soit indiqué nettement dans l'avant-contrat; il suffit qu'il soit déterminable au moment de la vente. L'article 1591 prescrit, il est vrai, que « le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties »; mais l'article suivant ajoute qu'« il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ».

Les parties ne pouvant se mettre d'accord s'en rapportent à la décision d'un expert qu'elles nomment, et le prix qu'il fixera est réputé « déterminé et désigné » par elles. La clause de se rapporter « à dire » de tel expert valide la promesse de vente.

Mais si la désignation de ce tiers fait défaut, la promesse de vente est réellement inexistante, aucun moyen, en effet,

---

(41) Leduc, *L'Avant-contrat*, p. 42.

ne permettant de déterminer les conditions auxquelles la vente doit avoir lieu. Ainsi, dans une affaire jugée par la Cour de Rennes <sup>(42)</sup>, les parties n'avaient pu se mettre d'accord ni sur le prix, ni même sur la nomination d'un arbitre; promesse de vente, cependant, avait été passée, et le bénéficiaire, désirant en profiter, demandait au tribunal de désigner cet arbitre. Or, le jugement, confirmé par la Cour, s'appuyant sur l'article 1592, déclare la promesse nulle; c'est qu'en effet, elle ne mentionnait ni le prix, ni rien qui pût permettre de le déterminer. Et ce n'est pas à la justice à se substituer à la volonté défaillante des parties. Pothier admettait cependant la validité d'une promesse de vente sans indication de prix, celui-ci étant alors le juste prix <sup>(43)</sup>. Mais cette théorie aboutit tout simplement à l'intervention de la justice. Pour déterminer le juste prix, il faut des experts, et qui désignera ces experts si les parties ne peuvent se mettre d'accord? Le tribunal. Ce n'est pas, nous l'avons dit, le rôle de la justice de se substituer aux contractants.

Ajoutons qu'il ne suffit pas que l'exécution soit décrite, il faut encore que l'acte précise à quel moment ou dans quel délai elle doit avoir lieu. Bien souvent, la nature même de l'exécution ou la volonté des parties l'indiquent suffisamment; dans le cas contraire, l'objet du contrat n'est pas suffisamment précisé pour être exécuté en connaissance de cause, et il convient de décider que l'obligation ainsi contractée est sans effet. Tels sont par exemple les cas où la promesse de vente omet d'indiquer le délai pendant lequel le bénéficiaire pourra lever l'option, où l'avant-con-

---

<sup>(42)</sup> D., 77. 2. 107.

<sup>(43)</sup> Leduc, *op. cit.*, p. 43-44 et note 1.

trat d'un acte solennel néglige de préciser la date à laquelle ce dernier contrat sera passé. L'obligé ne peut rester indéfiniment dans l'incertitude d'une inexécution qui ne lui sera peut-être jamais demandée. La question s'est donc posée de savoir si l'indication du délai constituait un élément essentiel de l'avant-contrat <sup>(44)</sup>. Le Code autrichien (art. 936) l'affirme nécessaire, mais il n'est rien de tel dans la législation française. La question a été cependant envisagée. Pothier admet que le débiteur peut, en cas d'absence de délai, sommer par justice le créancier d'en fixer un <sup>(45)</sup>; mais on voit encore là la tendance à s'en remettre aux tribunaux pour résoudre les questions négligées par les parties. Or, outre que ce n'est pas dans leurs attributions, cette sommation peut porter atteinte aux droits du créancier, particulièrement en cas de promesse de vente, le but de celle-ci étant, précisément, de mettre le débiteur à sa disposition. Mais la jurisprudence, si elle ne va pas aussi loin, n'hésite pas à déduire des conditions de l'avant-contrat un délai tacite <sup>(46)</sup>. Ainsi, une promesse de vente contenue dans un bail est supposée, si aucun délai n'est fixé, valoir pour la durée du bail auquel elle est subsidiaire, même si celui-ci vient à être résilié. Et si rien dans l'avant-contrat ne permet de déterminer un délai quelconque, il en est un d'usage qui s'impose. Si le bénéficiaire de la promesse de vente en demande la résiliation dans les mois qui suivent la conclusion de la promesse, le promettant ne peut décemment s'y refuser, sous le prétexte qu'aucun délai n'était fixé. Cet argument ne pourrait être invoqué utilement que si l'exécution était demandée à une date éloignée. Ainsi,

---

<sup>(44)</sup> Lecture, *op. cit.*, p. 44.

<sup>(45)</sup> Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 480.

<sup>(46)</sup> Leduc, *op. cit.*, p. 47.

l'avant-contrat sera rarement nul pour défaut de fixation de délai, car la pratique se charge le plus souvent d'y suppléer.

Quant à l'absence de consentement d'une des parties, ainsi qu'à l'insuffisance de désignation, elles rendent l'avant-contrat inexistant, et, avec lui, l'obligation inexistante. Le droit de ne pas contracter ne s'en trouve pas détruit.

2° *Nullité absolue proprement dite.* — Il en est ainsi quand l'avant-contrat est simplement nul. Tous les éléments nécessaires à son exécution sont bien réunis, mais une disposition légale s'oppose à son existence, l'étouffe dès sa naissance : il est frappé de nullité absolue.

Les contrats sont consensuels; aucune forme n'est exigée pour leur validité. Parfois, cependant, pour des motifs d'ordre public, la loi exige que certains contrats revêtent une forme spéciale, en l'absence de laquelle ils sont nuls. Nous voulons parler des différents contrats solennels, tels que le contrat de mariage qui requiert une cérémonie particulière, la donation, la constitution d'hypothèques, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur, qui doivent nécessairement avoir la forme authentique. Un mariage, une donation, une constitution d'hypothèque consensuels n'ont aucune valeur. Mais que penser d'un avant-contrat ayant pour but d'engager les parties à conclure un contrat de ce genre ? L'avant-contrat consensuel est valable, puisqu'il n'est pas contrat définitif, mais ce dernier aura besoin des formes légales. Le seul effet de l'avant-contrat est d'avoir contraint les parties à conclure le contrat solennel. C'est là le point important. Quand il s'agit d'exécuter le contrat solennel, l'obligation du débiteur, qui, dans ce contrat, trouve, en apparence du moins, sa cause, remonte en réalité à l'avant-contrat; c'est dans ce dernier qu'il

faut voir l'origine du lien contractuel unissant les parties; le contrat solennel n'a fait que donner à ce lien la forme légale. Cet acte solennel auquel la loi accorde une attention particulière, puisqu'elle l'entoure de précautions spéciales, apparaît ici comme subsidiaire, comme un reflet de l'avant-contrat fondement de l'engagement réciproque des parties. En exigeant cette solennité, le législateur a eu deux préoccupations : assurer au contrat une preuve parfaite, mais, surtout, étant donné sa gravité, le rendre plus difficile, forcer les parties à réfléchir, et surtout exiger la présence d'un officier public capable de les éclairer. L'avant-contrat, précisément, va à l'encontre de ce but. Toutes ces garanties paraissent cependant illusoires et inopérantes, puisque les parties sont obligées de toute façon de passer ledit contrat solennel. L'accomplissement des formalités, la présence du notaire, pourront faire réfléchir l'une des parties et l'amener à reconnaître son erreur; mais ce sera trop tard, puisqu'elle ne peut plus se dérober au contrat solennel.

Cet avant-contrat constitue donc une véritable atteinte au principe de la solennité. Il doit être frappé de nullité, et l'obligation qui en résulte déclarée non avenue <sup>(47)</sup>. Ainsi, jamais on ne pourra invoquer un contrat pour contraindre quiconque à consentir une donation régulière, encore moins à se marier. L'avant-contrat, en vigueur dans l'ancien Droit, dénommé contrat de fiançailles, qui avait pour but de lier les parties en vue d'un futur mariage, est légalement inexistant. Contracter mariage était pour chacun une obligation sanctionnée par une action. Il est vrai qu'en cas de refus la contrainte directe ne pouvait être employée, mais la

---

<sup>(47)</sup> Leduc, *op. cit.*, p. 58.

crainte des dommages-intérêts ou de la clause pénale généralement prévue dans le contrat de fiançailles pouvait pousser à contracter mariage; s'y dérober entraînait une lourde responsabilité, et la liberté contractuelle en subissait une grave atteinte. Le Code civil ne le supprime pas expressément; mais comme il a en vue la liberté du mariage, les futurs doivent se présenter devant l'officier de l'état civil, libres, afin de se prononcer sans contrainte. Le contrat de fiançailles, obstacle à cette liberté, est donc radicalement nul. Il n'existe plus d'ailleurs; mais, subsisterait-il, que les parties ne seraient en aucune façon tenues de l'exécuter.

b) NULLITÉ RELATIVE. — L'avant-contrat, comme tout contrat, peut également être atteint de nullité relative, soit par incapacité de l'une des parties, soit parce que la volonté de l'une d'elles s'est trouvée viciée.

Ainsi, un incapable, un mineur non émancipé, un interdit ou une femme mariée, concluent avec un tiers un avant-contrat par lequel ils s'engagent à passer telle autre convention. Devenus capables, ils exécutent leur promesse; le contrat qui est alors passé, est parfaitement valable, puisque l'incapacité a disparu. Seul l'avant-contrat, conclu au moment où celle-ci existait encore, est susceptible d'annulation et peut ne pas être respecté. C'est lui qui est frappé, et non le futur contrat définitif <sup>(48)</sup>.

La violence, l'erreur, le dol, ont pu vicier le consentement d'une des parties et entraîner, de ce fait, la nullité de l'avant-contrat. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation — Chambre civile — du 17 novembre 1903 <sup>(49)</sup>, s'applique au cas d'une promesse de vente infestée de dol. Le bénéficiaire de la promesse réclamait au promettant des dommages-

---

<sup>(48)</sup> Leduc, *op. cit.*, p. 53.

<sup>(49)</sup> D., 04. I. 09.

intérêts pour inexécution de celle-ci. La Cour de Lyon avait rejeté cette demande en raison du dol qui entachait l'avant-contrat. La Cour suprême décide : « Cette promesse n'a été faite que par suite d'un concert frauduleux; le demandeur ne saurait à aucun titre se prévaloir d'un consentement donné inconsciemment. »

Ainsi donc, que l'avant-contrat soit inexistant, nul ou annulable, l'obligation qui en résulte est frappée de la même déchéance. Elle ne peut engager valablement celui qui l'a consentie; l'autre partie ne dispose que d'un droit nul, sans efficacité, qui ne peut faire obstacle à la liberté contractuelle.

#### B. — NULLITÉ DU CONTRAT DÉFINITIF.

Nous venons d'étudier le cas où un refus d'exécuter l'avant-contrat était justifié par sa nullité; mais il est des cas où l'on peut se dérober à son exécution, bien qu'il soit parfaitement valable. Un contrat dont l'objet est illicite est nul. L'objet de l'avant-contrat est un *facere*, une simple obligation de contracter qui ne peut, en soi, présenter aucun caractère contraire aux lois. Il n'en est cependant pas de même de l'aboutissement de cette obligation; le contrat définitif qui en résulte peut fort bien présenter des causes de nullité étrangères au contrat générateur. En un mot, l'avant-contrat peut être valable alors que le contrat définitif est nul; et cela suffit à justifier un refus de contracter, c'est-à-dire un refus d'exécuter l'avant-contrat.

a) NULLITÉ ABSOLUE. — Le contrat définitif peut être inexistant. Mais l'absence d'un des éléments entraîne, nous l'avons vu, la nullité de l'avant-contrat lui-même, par suite de la désignation insuffisante de l'objet; or, il se peut qu'un

des éléments essentiels indiqués dans l'avant-contrat se dérobe avant l'exécution; les parties ont convenu, dans la promesse de vente, que le prix serait fixé au moment de la vente par tel arbitre qu'elles désignent. Au moment de la réalisation, l'arbitre, pour une quelconque raison, ne peut ou ne veut remplir sa mission. Aucun prix, dès lors, ne peut être déterminé. Si les parties ne s'accordent pas, le contrat ne peut être exécuté, faute d'un élément essentiel. Il est inexistant (art. 1592, *in fine*) alors que la promesse était valable.

Enfin, sans être inexistant, le contrat définitif peut être frappé de nullité, si la loi en prohibe la validité. Tel un contrat contraire aux bonnes mœurs, un contrat de courtage matrimonial, telle une convention relative à une maison de jeux ou de tolérance. D'autre part, le contrat peut être contraire à l'ordre public. Certains droits, en effet, ne peuvent être l'objet de contrats déterminés. Les biens dotaux, les biens frappés de substitution, les successions futures ne peuvent être cédés en aucune manière. Le droit d'usage ou d'habitation ne peut être vendu. Tout contrat qui enfreint ces défenses est nul, de nullité absolue.

b) NULLITÉ RELATIVE. — Le contrat définitif peut n'être frappé que de nullité relative; tel le cas où les parties sont frappées d'une incapacité spéciale tenant à leur situation respective; par exemple le cas des époux, qui ne peuvent se consentir de vente.

1° *Vente entre époux*. — L'action en nullité qui découle de cette prohibition appartient, après la dissolution du mariage, soit aux héritiers, soit aux deux époux, s'il y a eu divorce. La nullité est purement relative. L'un des époux consent une promesse de vente à son conjoint; si la réalisation a lieu pendant le mariage, elle est nulle; mais

qu'en sera-t-il si, au contraire, l'option ne peut être levée qu'après le mariage? Là promesse en elle-même est valable; elle crée une obligation de faire que la loi ne peut prohiber, et la vente n'aura lieu qu'après la disparition de l'incapacité.

La solution dépend de l'esprit de la loi. Si elle interdit la vente entre époux parce qu'elle ne veut pas que ce contrat ait lieu pendant le mariage, la promesse de vente peut et doit être exécutée après la dissolution du lien matrimonial; au contraire, si la loi n'a pas en vue le contrat lui-même, mais les motifs qui peuvent le provoquer, les tracassations et les abus d'influence qui peuvent le précéder, les dissimulations possibles, la vente est nulle. Bien que passée après le mariage, elle tire son origine d'un contrat né pendant le mariage, et qui n'avait qu'un but, la rendre obligatoire. L'ex-époux ou ses héritiers, s'il est décédé, peuvent donc se dérober à son exécution.

2° *Vente de la chose d'autrui.* — D'autre part, la nullité peut tenir non plus aux parties, mais à la chose elle-même. La loi déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Cela va de soi, et il semblerait même qu'il dût y avoir nullité absolue. La jurisprudence, pourtant, n'y voit qu'une nullité relative. La promesse de vente de la chose d'autrui doit-elle être exécutée? Si elle a été faite sous la condition que la chose devienne la propriété du promettant, il ne peut s'y dérober quand la condition se trouve réalisée. Mais, si rien de semblable n'a été prévu dans l'acte, la nullité de la vente sera opposée au bénéficiaire de l'option. Le promettant devrait donc, semble-t-il, pouvoir s'y dérober tout à fait; mais il ne peut, pour s'y dérober, invoquer la nullité, puisque la loi n'accorde l'action qu'à l'acheteur lésé, et il reste qu'il encourra de toute façon une responsabilité, pour avoir trompé le bénéficiaire. La liberté contractuelle n'est plus entière.

3° *Vente lésionnaire*. — Enfin, le contrat définitif de vente peut trouver dans la « lésion » une autre cause de nullité. La vileté du prix, cause de nullité pour des contrats conclus par les mineurs, cesse de l'être pour les majeurs, si ce n'est en matière de vente. L'exécution de la promesse de vente peut donc s'en ressentir. Si la lésion se présente dans le prix fixé par la promesse, celle-ci est viciée; la question ne fait pas de difficulté. Mais la situation est plus délicate si le prix, raisonnable au moment de la promesse, est lésionnaire au moment de la levée de l'option. Des faits de ce genre ne se produisaient que très rarement avant la guerre, car les fluctuations de prix étaient généralement peu sensibles; mais depuis, ils se sont présentés nombreux, en raison même de la dépréciation de la monnaie. Pouvait-on se placer au moment de la réalisation de la vente pour apprécier la lésion? Oui, répond la Cour de cassation par plusieurs arrêts <sup>(50)</sup>. Elle juge, en effet, que c'est au moment où l'acheteur éventuel lève l'option que se forme le contrat de vente; elle s'appuie d'ailleurs en cela sur les dispositions de l'article 1675, qui précise que, pour apprécier la lésion, il faut se placer au moment même de la vente — que jusqu'à là il n'existe qu'une promesse. M. Wahl critique cette solution <sup>(51)</sup>. La lésion constituant, dit-il, un vice de la volonté, on doit l'apprécier au moment où cette volonté s'est exprimée, c'est-à-dire au moment de la promesse, qui est l'engagement initial d'où découle la vente. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence décide que la lésion au moment du contrat définitif est une cause de nullité de celui-ci. Ainsi donc, le contrat définitif présente des cas de nullité étrangers à

---

<sup>(50)</sup> S., 20. 1. 365; D., 25. 1. 23; S., 26. 1. 128.

<sup>(51)</sup> Wahl, *La lésion dans les promesses unilatérales de vente*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1927, p. 575-576-577.

l'avant-contrat. L'obligation de contracter n'est plus nulle dans le cas *ab initio*, mais dans son but. Dans un cas comme dans l'autre, on ne peut obliger à l'exécution.

C. — MODIFICATIONS SURVENUES A L'AVANT-CONTRAT.

Les différentes hypothèses envisagées plus haut concernent le cas où la personne qui s'était engagée à contracter se trouve libérée de cette obligation.

Celle que nous allons étudier est différente : il n'y a pas d'obligation nulle. Bien que l'avant-contrat et le contrat définitif soient parfaitement valables, on peut refuser de contracter si l'exécution demandée, c'est-à-dire le contrat définitif, ne correspond pas strictement aux termes fixés dans l'avant-contrat, ou si l'autre partie ne se présente plus telle qu'elle était à ce moment-là.

a) EXÉCUTION EXIGÉE DIFFÉRENTE DE L'EXÉCUTION PRÉVUE.

— On est obligé à ce que l'on a promis, mais à rien d'autre. Le cas est susceptible de se produire assez fréquemment, quand le contrat définitif est un contrat solennel. Ce contrat, œuvre d'un notaire, peut présenter des divergences avec le projet sur lequel les parties se sont préalablement entendues. Ou ces modifications sont le résultat d'une erreur, ou bien elles ont été apportées volontairement par l'officier ministériel dans le but de redresser une rédaction incorrecte. Malgré le caractère légitime de ces modifications, l'une des parties peut, s'en tenant strictement aux termes mêmes de l'avant-contrat, refuser de contracter. Le bénéficiaire d'une promesse de vente ne saurait par exemple exiger la remise d'un immeuble dans un état différent de celui prévu dans l'avant-contrat.

Le délai fixé pour l'exécution est un des éléments essen-

tiels. Ce délai écoulé, vouloir profiter de l'avant-contrat, c'est en dépasser les conditions; c'est demander plus qu'il n'a été promis. L'autre partie peut s'y refuser. Il est facile, même si le délai n'était que tacite, de déterminer le moment où il cesse. Toutefois, à ce sujet, des difficultés ont surgi du fait des moratoires institués par les lois de guerre. Dans quelle mesure le promettant a-t-il pu rester engagé au delà du terme prévu? Un arrêt de Cassation<sup>(52)</sup> tranche nettement la question: il s'agissait d'une promesse de vente antérieure au 4 août 1914, et dont le terme était le 1<sup>er</sup> mai 1917. La Cour admet que l'article 5 du décret du 10 août 1914 suspend le cours de ce délai, qui n'a repris qu'à la cessation des hostilités, le 24 octobre 1919, pour le temps qui lui restait à courir au premier jour de la mobilisation. De sorte que si le bénéficiaire a demandé, en 1920, la réalisation de la vente, le promettant n'a pu lui opposer la forclusion.

b) MODIFICATION DANS LA PERSONNE DE L'AUTRE PARTIE. — La situation n'est plus entière si le créancier qui exige la réalisation de l'avant-contrat a subi dans sa personne des modifications appréciables. Il peut être devenu incapable ou avoir changé.

1° *Incapacité de l'autre partie.* — L'incapacité survient après l'avant-contrat, mais antérieurement à son exécution, sous la forme d'une interdiction judiciaire ou légale, ou à la suite d'un mariage, s'il s'agit d'une femme. L'incapable ne peut, de lui-même, exiger l'exécution; l'autre partie est en droit de la lui refuser, attendu qu'elle s'est engagée à passer un contrat valable avec une personne pleinement capable. Si une habilitation devient indispensable, elle doit avoir lieu pendant la durée fixée pour l'exécution de l'avant-con-

---

(52) D., 25. 1. 123.

trat, puisque, remplaçant ou complétant la volonté de l'incapable, elle prend ses lieu et place. Elle ne saurait intervenir postérieurement, son but fût-il de vivifier rétroactivement l'acte émanant de l'incapable. Car la règle absolue est que l'acceptation du bénéficiaire doit se produire, complètement, pendant le délai fixé. Ainsi, une promesse de vente a été consentie à une société avec un délai d'option de deux mois; la veille de l'expiration du terme, le Conseil d'administration avertit le promettant que la société achète. Celui-ci refuse de s'exécuter parce que, d'après les statuts, le Conseil n'a pas qualité pour acquérir immobilièrement sans l'autorisation de l'Assemblée générale. L'acceptation émanait donc d'un incapable. Par la suite, l'Assemblée générale est venue approuver l'initiative du Conseil d'administration; c'était trop tard, parce que la société bénéficiaire de l'option disposait d'un délai de rigueur pour manifester sa volonté, manifestation qui devait constituer un engagement, non partiel, mais irrévocable. Le promettant n'était tenu que s'il y avait acceptation valable, en conformité avec l'avant-contrat qu'il avait passé; il a donc repris sa liberté.

2° *Changement de l'autre partie.* — L'autre partie peut être, non seulement incapable, mais nouvelle. Il y a eu cession à titre gratuit ou onéreux, entre vifs ou par suite de décès, et celui qui exige l'exécution de l'avant-contrat ou de la promesse de vente n'est plus celui qui a participé à sa conclusion. La situation n'étant plus entière, l'autre partie va-t-elle pouvoir refuser de contracter avec ce tiers inconnu?

Cela dépend de la nature de l'avant-contrat ou des circonstances qui ont entouré sa conclusion. Si le contrat définitif ne consiste qu'en prestations matérielles, sans considérations de personnes, — une vente par exemple —, il est bien évident que le changement de personnes est de peu

d'importance. Cependant, la jurisprudence a été assez longue à admettre la validité d'une telle cession <sup>(53)</sup>. Elle justifiait son refus <sup>(54)</sup> par le double motif que la déclaration ne pouvait émaner que du bénéficiaire même de la promesse, et que celui-ci ne pouvait, sans l'agrément du promettant, se substituer un tiers dans son obligation de payer le prix. Mais la cessibilité est désormais consacrée. Le bénéfice de la promesse de vente, à moins de circonstances particulières, n'est pas attaché à la personne, et le cessionnaire de cette option est substitué au cédant dans tous les droits de ce dernier contre le vendeur. Toutefois, il n'en est plus ainsi dès que le contrat définitif revêt un caractère plus ou moins personnel ou que les circonstances montrent que la promesse n'a été consentie qu'en raison de la personnalité de l'autre partie. C'est le cas fréquent des promesses de vente. Admettre dans ce cas la validité d'une cession, c'est porter atteinte à la volonté de l'autre contractant, qui va souffrir, ou dans ses intérêts, ou dans sa légitime attente. Les principes de la vieille jurisprudence doivent donc être appliqués; le juge examinera le caractère particulier de chaque avant-contrat et tiendra compte de la personnalité du cessionnaire. Ainsi, le proche héritier du bénéficiaire d'une promesse de vente continue la personne du *de cujus* et peut, semble-t-il, profiter de cette promesse, bien mieux qu'un étranger qui l'aurait acquise par une cession onéreuse.

L'engagement de conclure un contrat donné, avec une personne déterminée, devient caduc si l'un des deux éléments se modifie, et le refus de contracter est légitime. On

---

<sup>(53)</sup> Lalou, *Promesses de ventes*, D. H., 1928, p. 2.

<sup>(54)</sup> D., 47. 2. 127; D., 65. 2. 129.

peut même dire, en cette circonstance, que le droit de l'autre partie n'est pas nul, mais qu'il n'existe pas : elle avait droit à ceci, mais non à cela; si elle est nouvelle et que le droit soit incessible, il ne lui est rien dû. Dans tous les autres cas, au contraire, que la nullité concerne l'avant-contrat ou le contrat définitif, le créancier possède un droit, mais qui est sans force légale.

Pour que le droit de ne pas contracter existe, il faut donc essentiellement — comme nous venons de l'étudier — qu'aucun droit contraire ne vienne lui faire obstacle. C'est le cas lorsque le droit contraire n'existe pas, ou qu'il n'a pu naître, ou qu'étant né, il est nul.

Il nous reste maintenant à étudier les effets du droit de ne pas contracter.

---

## CHAPITRE III

### EFFETS

---

*a)* EFFETS ABSOLUS DU DROIT. — Ce droit a pour effet essentiel de permettre à son titulaire de se dérober au contrat qu'on lui propose, sans qu'on puisse l'y contraindre ou le rendre responsable, pécuniairement ou d'autre manière. Le refus n'aura pas besoin d'être motivé. Un droit qui ne peut être exercé que sous certains motifs n'est qu'un droit diminué. Ce n'est pas le cas ici; quand on a le droit de ne pas contracter, on l'a entièrement; son effet est absolu.

*b)* APPLICATIONS. — Mais la question est de savoir quand on a ce droit. On le possède, avons-nous dit, quand aucun droit contraire ne vient se dresser contre lui. Mais s'il est des cas où il n'existe aucun doute à ce sujet, bien souvent, aussi, on ne sait au juste si le droit contraire n'existe pas et si la liberté contractuelle n'a pas disparu. La justice devra donc intervenir pour régler ces points, sur lesquels les parties se trouvent fréquemment en désaccord. Elle ne déterminera pas les effets du droit de ne pas contracter, mais recherchera s'il existe et s'il peut s'appliquer.

Il est un cas qu'il faut dès maintenant éliminer : c'est celui où l'auteur de l'offre ou de l'acceptation reprend son offre ou son acceptation à la poste ou l'annule par un télégramme; il n'y a pas là une rétractation ni un refus de contracter, mais un acte matériel par lequel on détruit la manifestation matérielle d'une pensée.

*Rôle de la jurisprudence.* — Quand le droit contraire n'existe pas, la justice doit à peine intervenir. Il suffit de constater la situation des défendeurs pour admettre qu'ils profitent sans conteste de la liberté contractuelle. C'est le cas de ceux qui, par leur profession, sont en état d'offres, mais profitent de la liberté du commerce et de l'industrie : commerçants, industriels, voituriers, employeurs. Ils peuvent se dérober aux prétentions des clients et leur signifier qu'ils entendent ne pas contracter avec eux, sans être pour cela tenus de justifier leur refus, qui, en l'espèce, est pur et simple.

*α. Effacé, à propos des commerçants, particuliers, propriétaires.* — Les particuliers, les propriétaires qui n'ont fait aucune avance manifestent leur droit par l'inertie la plus complète ou répondent par une fin de non-recevoir. C'est le cas de la personne qui reçoit un journal ou une publication avec la mention que le fait de ne pas le renvoyer à l'expéditeur équivaut à l'acceptation de l'abonnement. Cette clause est sans valeur, car on ne peut pas obliger à un acte. Le silence est l'expression du droit de ne pas contracter. On est libre, non seulement de refuser le contrat proposé, mais aussi de ne pas manifester ce refus.

Point n'est donc besoin d'expliquer les raisons de ce refus. Le droit est absolu, même si le refus constitue une sottise ou une malveillance. Tel est le cas de ce propriétaire qui refusait de vendre un terrain et dont le geste était nettement inspiré par une pensée d'hostilité ou de chicane. L'arrêt de la Cour de cassation, qui est intervenu dans cette affaire et qui a donné raison au propriétaire, est très significatif <sup>(1)</sup>. Un sieur Delubac, en fondant une société, lui avait

---

<sup>(1)</sup> Cass. req., 24 nov. 1924, S., 25. 1. 217.

fait l'apport de terrains et de droits de prise d'eaux. Quelque temps après, la société prétend se faire céder par lui une langue de terrain non comprise dans les apports. La Cour de Nîmes repousse cette prétention, et la Cour suprême confirme en ces termes : « En refusant de céder à la société le terrain lui appartenant, et ce, bien que ce terrain, en nature de roches, graviers et terres sans utilité pour lui, fût l'objet d'une offre de prix triple de sa valeur, Delubac, loin de faire un usage abusif de son droit de propriété, s'est borné à vouloir le conserver. » Ainsi la jurisprudence reconnaît-elle très nettement que, quel que soit le motif qui le fasse agir, un propriétaire peut, dans tous les cas, refuser de vendre.

La situation reste la même quand le droit contraire est nul. La liberté contractuelle, il est vrai, a été aliénée, mais, cette aliénation n'étant pas valable, elle subsiste et produit tous ses effets; il suffit, dès lors, que la nullité soit constatée par justice. Le bénéficiaire, se heurtant à un refus d'exécuter de la part du débiteur, le citera en justice pour obtenir, soit l'exécution forcée, soit des dommages-intérêts. Le défendeur, qui entend conserver son droit de ne pas contracter, répondra à l'action par une demande reconventionnelle tendant à faire prononcer la nullité du contrat générateur ou à se faire libérer du contrat définitif. S'il obtient satisfaction, l'autre partie se trouve paralysée devant un droit inefficace.

Si le droit contraire a failli naître, mais a échoué dans les conditions que nous avons étudiées, le droit de ne pas contracter subsiste et produit tous ses effets. Cependant, la situation est moins nette que précédemment. Il est nécessaire, avant de reconnaître la validité du refus, de constater l'inexistence du droit contraire, c'est-à-dire d'examiner si

l'offre ou l'acceptation sont ou non parvenues, si l'acceptation n'a pas été tardive ou si elle n'était pas pure et simple et conforme à la teneur expresse ou à l'esprit de l'offre. Les tribunaux vont être obligés d'intervenir. La liberté contractuelle, tout en restant aussi absolue dans son résultat, est moins directe dans son application.

β. *Important à propos de l'offre.* — L'offre est parvenue au destinataire, qui l'a retenue, mais son acceptation étant intervenue trop tard, l'offre s'est trouvée rétractée ou caduque. L'offrant a, dans ce cas, recouvré son entière liberté et peut refuser l'acceptation; encore faut-il que soient justifiées la rétractation ou la caducité. La justice a donc à exercer un contrôle nécessaire. Il en est de même, à plus forte raison, quand offre et acceptation ont été valablement échangées et se sont rencontrées, mais que certaines restrictions, que nous avons étudiées, peuvent permettre à l'offrant de s'opposer à la conclusion du contrat. Si ces restrictions sont expressees, un simple rapprochement entre l'offre et l'acceptation permet de prononcer immédiatement si l'acceptation est, ou non, valable. De cet examen, le juge décidera si le refus opposé par l'offrant est justifié, mais la tâche de la justice devient beaucoup plus délicate quand les restrictions sont tacites. Il faut, avant d'examiner si l'acceptation est conforme à l'offre, déterminer l'existence, la nature et l'étendue de ces restrictions. On ne peut en laisser l'appréciation à l'offrant; ce serait lui permettre de revenir sur son offre et de détruire l'effet juridique de sa volonté. La justice devra donc décider si la situation économique a subi un bouleversement tel que les choses ne soient plus en état; si le caractère unique de l'objet se dégagerait suffisamment de l'offre, elle exigera, aussi, que l'offrant fasse la preuve du contrat qui a été conclu avec le

premier acceptant et qui écarte les autres. En matière civile, un écrit ou un commencement de preuve par écrit seront indispensables; en matière commerciale, le témoignage pourra suffire. Cependant, les tribunaux verront leur rôle diminuer, sinon disparaître. S'il s'agit d'une offre *intuitu personæ*, la restriction incluse est générale; la justice n'a qu'à constater la nature de l'offre et laisser l'offrant admettre ou refuser l'acceptant; mais si le contrat est mêlé d'*intuitus materiæ*, elle reprend ses droits, et contrôle strictement l'usage que fait l'offrant de la réserve tacite contenue en son offre. Ainsi, à mesure que les circonstances qui ont empêché le droit contraire de naître se compliquent, s'accusent plus subtiles et plus délicates, l'intervention et le rôle du juge deviennent plus importants. Le droit de refuser de contracter aura son plein effet lorsque, étant admis, son titulaire pourra se refuser à contracter sans encourir aucune responsabilité; mais sa sphère d'application se restreint à mesure que diminuent les causes qui font obstacle au droit opposé.

---



## DEUXIÈME PARTIE

### RESTRICTIONS AU DROIT DE NE PAS CONTRACTER



## CHAPITRE PREMIER

### NATURE

---

Un droit n'est pas immuable; il se modifie; il disparaît. Certains droits, toutefois, sont, par nature, inaliénables. Telle est la liberté individuelle, qui ne peut faire l'objet d'un contrat. On peut, cependant, l'aliéner partiellement, et la loi ne se fait pas faute, lorsque la nécessité l'oblige, de la supprimer temporairement ou perpétuellement. Ainsi ce droit, l'un des plus solides et des plus inviolables, peut se trouver atteint et diminué. A plus forte raison, le droit de ne pas contracter n'échappe-t-il pas à cette règle générale. Son titulaire peut, sinon l'aliéner, — ce mot ne s'applique pas très bien à son objet, — du moins s'engager à n'en pas user; la loi, en outre, peut le supprimer. Nous retrouvons donc les deux agents constructeurs et destructeurs, la volonté et la loi, dont nous allons étudier les effets restrictifs, c'est-à-dire les atteintes qu'ils peuvent apporter au droit de ne pas contracter.

### SECTION PREMIERE

#### Origine de ces restrictions.

##### A. — LA VOLONTÉ.

Nous avons, dans la première partie, envisagé les différentes hypothèses dans lesquelles la volonté pouvait porter atteinte à ce droit.

*Contrat.* — D'abord, par un contrat. Si Pierre s'engage

envers Paul, par ce que nous avons appelé un « avant-contrat », à contracter plus tard avec lui, il peut aussi s'engager, avec le même, à contracter avec un tiers. Dans ce dernier cas, l'exécution devient toute différente. De toute façon, il existe, pour celui qui a promis, une obligation de contracter sanctionnée par la loi.

*Offre.* — L'engagement peut ne pas résulter d'un contrat et n'être qu'unilatéral; c'est simplement une offre adressée à quelqu'un; bien qu'un acte de ce genre n'ait pas une force absolue, la liberté de son auteur s'en trouve néanmoins atteinte, partiellement aussi longtemps qu'un certain délai de rigueur ne s'est pas écoulé, totalement quand le destinataire a accepté. L'offre, comme le contrat, est une cause d'atteinte au droit de ne pas contracter.

*Acceptation d'hérédité.* — L'acceptation d'hérédité est un troisième agent restrictif. En acceptant de succéder à quelqu'un, on consent à toutes les obligations qui pouvaient lier le *de cuius*.

## B. — LA LOI.

La loi est le second agent destructeur. Elle ne prohibe pas dans un certain cas l'usage de la liberté contractuelle, mais elle donne à une personne le droit d'exiger d'une autre qu'elle contracte, ce qui revient à supprimer la liberté contractuelle de celle-ci.

## C. — LA JURISPRUDENCE.

Enfin, il existe un troisième agent : la jurisprudence que constituent les décisions de justice dont le rôle est de commenter et d'appliquer la loi. La jurisprudence ne devrait être, en réalité, que l'adaptation de la loi aux faits; elle dépasse ce rôle. La loi présente une fixité. Les faits et les

situations, au contraire, évoluent; c'est pourquoi les tribunaux n'hésitent pas à compléter la loi quand elle est insuffisante, à la dépasser quand elle est désuète, à la créer quand elle est absente. Ainsi la jurisprudence prend-elle de plus en plus une allure indépendante. C'est un troisième agent créateur de droit, qui, souvent, incite aux textes législatifs, et les provoque même. Par son habileté à créer des principes qu'elle sait adapter aux circonstances, elle imagine — parce qu'elle les juge utiles — des restrictions au droit de ne pas contracter, restrictions que la loi n'a pas encore prescrites ou qu'elle hésite à édicter. Elle est réellement prétorienne. Les restrictions au droit de ne pas contracter ont donc une triple origine. Elles se manifestent par le droit contraire qu'a un tiers d'exiger de son partenaire qu'il contracte. La liberté de celui-ci s'en trouve donc diminuée.

## SECTION II

### **Nature de ces restrictions.**

Le droit de ne pas contracter est une expression de la liberté contractuelle, un droit général qui profite spontanément à tous sans qu'aucun texte ne le vise expressément; un droit qui découle de la constitution juridique; un droit inhérent à la personne.

Les restrictions qu'il subit sont, au contraire, essentiellement strictes et délimitées. Il est trop important et touche de trop près à la liberté individuelle — qui ne peut faire l'objet d'un contrat perpétuel — pour qu'il puisse disparaître complètement. Aussi ne peut-on, pour toujours, s'engager à contracter. L'engagement ne sera donc que temporaire. Il doit, en outre, porter sur un objet déterminé et reposer sur des précisions dont l'absence le vicierait radicalement. Le partenaire a besoin d'être désigné nettement, ou tout au

moins reconnaissable. Il semble difficile, par ailleurs, que la nature du contrat ne soit pas indiquée. S'engager, même temporairement, à contracter *en toute matière* avec une personne déterminée semble une atteinte trop grave à la liberté individuelle pour être tolérée; c'est en réalité se mettre à la discrétion absolue d'un tiers. L'engagement générateur du futur contrat doit être temporaire, délimité, afférent à des personnes bien déterminées et à un objet précis.

La loi elle-même, qui n'est pas entravée par ces différentes interdictions, prend également des précautions avec le droit de ne pas contracter. Alors qu'en raison de leur âge et de leur état d'esprit, elle frappe certaines personnes d'une incapacité totale de contracter, elle n'édicte en aucun cas de pareilles restrictions au droit de ne pas contracter. Seules quelques rares restrictions existent, qui sont prises non dans l'intérêt du titulaire du droit, mais en faveur de tiers susceptibles de souffrir parfois de son usage. La loi semble cependant se départir quelque peu de sa réserve, en sacrifiant le droit de ne pas contracter de quelques-uns au profit de certaines catégories sociales; c'est le cas de la loi sur la liberté du commerce, qui restreint le droit que possède tout propriétaire de ne pas renouveler le bail.

La jurisprudence, à plus forte raison, se montre réservée et ne touche à la liberté contractuelle que dans des cas exceptionnels. Ainsi, elle n'oblige un commerçant à contracter que s'il détient un monopole et à condition, encore, qu'il n'excipe d'aucun motif légitime de refus. Elle ne rend un employeur responsable de refus d'embauchage que dans le cas de malveillance. Elle ne donne un effet juridique à la volonté non juridique que lorsque l'équité l'exige.

Il apparaît donc que, quelle que soit leur origine, ces restrictions sont strictes et délimitées. La liberté de ne pas contracter est la règle, l'obligation de contracter l'exception.

## CHAPITRE II

### CONDITIONS D'EXISTENCE

---

Une restriction au droit de ne pas contracter ne peut provenir que de la présence d'un droit contraire qui le limite ou le détruit. Dans la première partie, en étudiant les conditions d'existence du droit de ne pas contracter, nous avons envisagé les cas où ni la loi ni la volonté ne font obstacle au développement de ce droit, ou se révèlent, du moins, impuissantes à l'atteindre. Nous allons considérer maintenant les hypothèses inverses et envisager les restrictions apportées à ce droit par la volonté de son titulaire, soit à l'aide d'un contrat, soit à l'aide d'une offre; nous nous préoccupons des restrictions provenant d'une disposition légale; enfin, de celles que la jurisprudence a créées en vertu de principes divers, notamment celui de la responsabilité délictuelle, et qui s'expliquent par le désir de protéger l'intérêt général ou de réparer le préjudice que l'exercice de ce droit peut porter à certains particuliers.

#### SECTION PREMIERE

##### **Restrictions volontaires.**

En étudiant les cas dans lesquels la volonté apparaît impuissante ou inefficace à porter atteinte à la liberté contractuelle, nous avons vu comment le titulaire d'un droit pouvait

volontairement s'en priver par un contrat, une offre, enfin, par l'acceptation d'une succession; l'héritier universel — ou à titre universel — d'une personne lui succède, en effet, dans toutes les obligations qu'elle avait contractées. Si parmi celles-ci se trouve un engagement de contracter, l'héritier doit s'y soumettre; il perd donc, sur ce point, sa liberté contractuelle.

#### A. — RESTRICTIONS PROVENANT D'UN CONTRAT.

On peut, par contrat, s'engager à faire tout ce que la loi n'interdit pas, et, par conséquent, s'engager à contracter : c'est une obligation de faire. L'autre partie exigera l'exécution par l'action du contrat. Refuser de contracter, c'est refuser d'exécuter le contrat que l'on a signé. Tous les contrats de modalités ou de parties différentes peuvent en faire l'objet. Aussi, le partenaire au futur contrat peut-il être soit celui qui est intervenu à l'avant-contrat, soit une tierce personne désignée dans celui-ci, ou tout au moins suffisamment indiquée pour qu'on puisse la reconnaître au moment de l'exécution.

Ces deux avant-contrats sont donc différents quant aux parties et quant à leur but. Tandis que dans le premier l'affaire reste entre les participants primitifs, dans le second c'est un tiers qui va profiter de l'obligation de contracter; comment pourra-t-il faire valoir son droit? Le but est également différent : dans le premier cas, l'avant-contrat est préparatoire d'un autre contrat; dans le second, l'engagement de contracter est une clause parmi d'autres; c'est une garantie que fournit son auteur en compensation d'avantages qu'il reçoit; c'est une véritable stipulation pour autrui; au lieu de consister en prestations pécuniaires ou matérielles, elle

est constituée par une obligation de faire. Telle est la situation des compagnies concessionnaires, qui ne peuvent refuser leurs services, non par un ordre de la loi, mais en vertu d'un engagement qu'elles ont pris au moment où elles recevaient leur concession.

a) CONTRAT DÉFINITIF ENTRE LES MÊMES PARTIES. — Nous avons, dans la première partie, envisagé les différentes hypothèses dans lesquelles un avant-contrat pouvait avoir lieu et quelle forme il pouvait revêtir. Les deux parties peuvent être également tenues à réaliser le futur contrat, si celui-ci est, par exemple, un contrat définitif dont l'avant-contrat n'était que l'ébauche. Si l'une des parties ne veut s'exécuter, l'autre usera de la contrainte judiciaire. L'une et l'autre sont sur le même pied. Il n'en est pas de même quand l'avant-contrat a pris la forme d'une promesse de contrat. Seul le promettant qui se met à la discrétion de l'autre partie est tenu; l'avant-contrat est purement unilatéral, le bénéficiaire de la promesse n'encourt aucune obligation; le promettant peut seul être contraint de contracter en se trouvant obligé d'exécuter sa promesse.

*Cas où l'obligation résultant de l'avant-contrat doit être consentie.* — L'avant-contrat peut ne pas être exécuté, nous l'avons vu, quand il est nul, ou quand le contrat définitif, aboutissement de cet engagement, l'est aussi. L'obligation de contracter aura donc toute sa vigueur si l'avant-contrat et si le contrat définitif sont valables. Ils le sont quand leur constitution est parfaite, qu'ils ne se heurtent à aucune prohibition légale, qu'aucun vice de la volonté n'atteint le consentement d'une des parties, qu'aucune incapacité ne la frappe.

α. *L'avant-contrat est valable.* — Nous avons étudié longuement la nullité de l'avant-contrat préparant un contrat

solennel. Il y a des exceptions à cette prohibition. Quand la solennité des formes a pour but non pas de protéger les parties, mais de constituer une preuve solide de la convention, l'avant-contrat qui prépare un contrat de ce genre est valable <sup>(1)</sup>. La loi, en effet, est respectée dans ses prescriptions matérielles, un contrat solennel est dressé, et, dans son but, la preuve est assurée. On admet ainsi que la constitution d'hypothèque soit rendue obligatoire par un contrat consensuel. Dans un contrat de prêt, l'emprunteur s'engage à constituer hypothèque en garantie. Il est parfois difficile d'avoir un notaire à sa disposition; le prêt peut être urgent, ou du moins l'emprunteur veut avoir une certitude immédiate de sa réalisation; ce contrat consensuel est donc passé; le prêteur est obligé de réaliser le prêt, mais l'emprunteur, de son côté, doit constituer hypothèque. S'il ne le fait, l'autre partie l'y contraindra par justice. La solution sera la suivante : l'emprunteur refuse de constituer hypothèque, le prêteur agira en nullité du prêt. C'est un moyen de pression indirecte qui peut être très puissant si le besoin d'argent est très vif; si le prêteur a déjà versé les fonds, le contrat de prêt étant annulé, l'emprunteur, mis en demeure de restituer, verra ses biens frappés de l'hypothèque judiciaire, équivalente à celle qu'il s'était engagé à constituer et qu'il refusait.

En dehors des cas où la loi exige la solennité du contrat, les parties peuvent désirer donner à la convention qu'elles ont l'intention de passer cette forme particulière. Le contrat par lequel elles s'obligent à réaliser cette convention est parfaitement valable, et aucune d'elles ne pourra s'y dérober.

---

(1) Leduc, *L'Avant-contrat*, p. 58.

Mais cette obligation est-elle vraiment une obligation de contracter, ou, plus simplement, une obligation de procéder à l'accomplissement des formes ? Cet acte définitif semble n'avoir en réalité qu'un caractère probatoire, et l'avant-contrat être au contraire l'origine du lien qui unit les parties. Cela dépend de la volonté des parties. Il en est ainsi quand elles ont entendu recourir au notaire dans le seul but d'avoir un acte authentique, mais si elles ont manifesté le désir de n'être engagées que par contrat solennel, l'avant-contrat est purement préparatoire, et le contrat définitif vraiment fondamental. Se refuser à sa réalisation, c'est donc refuser de contracter.

β. *Le contrat définitif est valable.* — Nous avons examiné certains cas où la nullité du contrat définitif faisait doute. Tel est le cas de la vente entre époux. Si la promesse date du mariage, mais doit être exécutée après, la vente qui va en résulter sera-t-elle nulle, bien qu'ayant lieu après la dissolution ? Nous avons montré que l'esprit de la loi est de prohiber la vente entre époux pour éviter les abus d'influence ou les donations déguisées; la promesse de vente tombe sous le coup des mêmes objections; elle est donc nulle et ne doit pas être exécutée. Nous avons envisagé ensuite la vente de la chose d'autrui. Si la promesse de vente est faite sous la condition que la chose devienne la propriété du promettant, elle est parfaitement valable; suspendue tant que la condition n'est pas réalisée, elle devient obligatoire quand celle-ci s'accomplit.

L'avant-contrat reste obligatoire même quand l'autre partie est devenue incapable. Il suffit que les formes nécessaires à la validité des actes accomplis par les incapables soient remplies. L'autre partie est interdite, son tuteur pourra à bon droit se prévaloir de l'avant-contrat. Il en est de même

dans le cas de faillite. Le syndic représente le failli <sup>(2)</sup>. Il s'agissait d'une promesse de vente dont il était bénéficiaire, elle constituait dans son patrimoine un actif dont les créanciers entendent bénéficier. Le promettant ne peut refuser la vente, si du moins toutes les conditions prévues dans la promesse sont respectées, notamment celles relatives au prix : le vendeur ne peut devenir, en raison du prix, un membre de la faillite et être payé par contribution, il a droit au prix intégral, qui lui sera payé comptant.

γ. *Transmission valable de l'avant-contrat.* — Quand l'une des parties disparaît pour faire place à une autre, l'avant-contrat, pour peu qu'il ait un caractère personnel, tombe. Le successeur ne peut exiger la réalisation. Cependant, si l'*intuitus personae* ne joue aucun rôle, il ne s'agit que d'une simple prestation matérielle dont peut profiter, sans inconvénient, le nouveau titulaire. La jurisprudence, ainsi que nous l'avons montré dans la première partie, est maintenant, et depuis longtemps, nettement de cet avis.

Ainsi donc, toutes les fois que la nullité ne peut être déclarée, l'avant-contrat doit être exécuté; l'obligation qui en résulte lie valablement son auteur et restreint d'autant sa liberté contractuelle et son droit de refuser de contracter. Il en est ainsi également quand le contrat, étant annulable, a été confirmé. Le mineur devenu capable reconnaît la promesse de vente qu'il a consentie au temps de sa minorité; l'individu dont le consentement a été vicié, confirme, après qu'il a eu connaissance de ce vice, le contrat qu'il a passé; il en est de même s'il laisse s'écouler les délais de la prescription. L'acte annulable devient donc parfaitement valable et oblige son auteur. Désormais, il est obligé de contrac-

---

(2) Lalou, *Des promesses unilatérales de vente*, D. H., p. 1.

ter comme si son engagement avait été solide dès son origine

b) **CONTRAT DÉFINITIF AVEC UNE TIERCE PERSONNE.** — Cette hypothèse se rencontre, avons-nous dit, dans les contrats de concession. La puissance publique confie à un particulier ou à une compagnie privée l'exploitation d'un service public; elle leur réserve l'exercice d'une profession qu'elle interdit aux autres. Dans un cas comme dans l'autre, le concessionnaire se trouve à la tête d'un monopole d'autant plus fort qu'il est de droit. Pour éviter les conséquences fâcheuses que pourrait avoir alors un usage intempestif de la liberté contractuelle, la puissance publique, entre autres conditions imposées au concessionnaire, lui fait une obligation de contracter avec quiconque vient demander ses services.

*Officiers ministériels.* — Telle est la situation des officiers ministériels. Ils reçoivent de l'Etat une investiture qui leur permet de remplir un service public. Ils ne peuvent refuser leur concours <sup>(3)</sup>. Si les services qu'ils rendent font matière de contrats, ils ne peuvent pas refuser de contracter; cette diminution de leur liberté contractuelle ne vient pas directement d'une défense de la loi, mais d'un acte de leur volonté : c'est parce qu'ils ont accepté cette carrière — que rien ne les forçait à embrasser — qu'ils sont contraints d'accepter tous les clients qui se présentent. Mais les relations qu'ils ont avec le public sont-elles vraiment contractuelles ? Peut-on dire qu'il intervient entre eux et l'Etat un contrat ? C'est douteux.

*Compagnies concessionnaires de chemins de fer : 1° Origine contractuelle de leur obligation de contracter.* — La

---

(3) Jossierand, *De l'esprit des droits*, p. 119.

situation est beaucoup plus frappante lorsqu'il s'agit d'un concessionnaire proprement dit. Considérons, par exemple, les compagnies de chemins de fer; les rapports qu'elles ont avec le public sont incontestablement du domaine contractuel. D'autre part, leur exploitation n'a pas en soi un caractère de service public, c'est un service de transports. Aussi, l'acte en vertu duquel la compagnie a reçu la concession n'a pas le caractère d'une investiture; c'est un véritable contrat. L'Etat a réservé l'exploitation des chemins de fer aux personnes qu'il voudrait bien agréer. Avec celles qu'il accepte, il passe une convention : c'est le cahier des charges; promulgué comme un acte législatif, il a une allure de loi; en réalité, ce n'est que le texte d'un contrat fixant les droits et les devoirs de chacun. Le concessionnaire a, entre autres droits, celui d'exploiter le mode de transport indiqué, sans concurrent; il a l'obligation de payer, par exemple, certaines redevances, de laisser en fin de concession une partie de ses propriétés à l'Etat sans indemnité; de fournir ses services à tous ceux qui les lui demandent. Cette obligation de contracter est consentie en échange de la concession. L'Etat stipule certaines choses pour lui, mais, gardien de l'intérêt général, il entend que le monopole dont il vient de doter le concessionnaire ne permette pas à celui-ci de causer préjudice à quelqu'un. Un refus de transport pourrait avoir, en effet, des conséquences graves, puisque la personne repoussée ne pourrait s'adresser à un concurrent. Toutes les fois qu'il y a monopole, le public est à la merci de son titulaire. C'est ce que l'Etat a voulu éviter. Aussi n'accepte-t-il comme exploitant du monopole que celui qui s'engage à ne pas user de sa liberté contractuelle. Telle est l'origine de l'état de réceptivité dans lequel se trouvent les compagnies concessionnaires de chemins de fer. Non seulement l'Etat, mais

aussi ses différentes émanations, — département, commune pratiquant des concessions de ce genre, compagnies de chemin de fer d'intérêt local, compagnies de tramways, de gaz, d'eaux — doivent accepter quiconque réclame leurs services.

Mais ce système n'est en réalité que l'application du principe « qui peut le plus peut le moins ». L'Etat, le département, la commune peuvent refuser la concession, ils l'accordent sous les conditions qu'ils veulent. Un particulier en peut faire autant. Rien n'empêche un commerçant d'imposer à son successeur les conditions qui lui plaisent, entre autres celle de ne refuser de contracter avec aucun des clients qui se présenteront. L'obligation de contracter subie par les compagnies de chemins de fer a donc pour origine un contrat qu'elles ont passé avec l'Etat concédant. On dit que cette obligation résulte des offres formelles que les compagnies adressent au public en publiant leurs horaires et les conditions de transport. Mais, de par leur cahier des charges, elles n'auraient pas le droit de faire des restrictions dans leurs offres, d'exclure, ainsi que peuvent le faire les particuliers, telle ou telle catégorie de personnes, ou d'imposer au public des conditions particulières d'admission; elles ne peuvent non plus restreindre au delà d'une limite forcée le nombre des trains. Ainsi, la suppression de leur liberté contractuelle vient bien du cahier des charges, et non pas seulement de leur état d'offres. Elles sont en état d'offres parce qu'elles se sont engagées à l'être. L'offre à tous est donc constituée par le cahier des charges.

2° *Nature de cette obligation de contracter.* — Cette clause que l'Etat exige n'est pas à son profit; elle est destinée à protéger le public; c'est une véritable stipulation pour autrui; l'Etat stipule comme un contractant oblige son co-contractant à payer telle somme ou rendre tel service à un

tiers; le concédant exige du concessionnaire qu'il contracte avec tous ceux qui en exprimeront le désir. L'objet de cette obligation est parfaitement licite; c'est une obligation de faire. La stipulation est, d'autre part, parfaitement valable; elle rentre dans les termes de l'article 1121 : « On peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. » Cette stipulation pour autrui n'est qu'une clause parmi d'autres clauses. Elle n'a jamais été contestée, d'autant que le fait de provenir de la puissance publique lui donne l'allure d'une disposition légale.

3° *Limites de cette obligation.* — L'ordonnance de 1846, qui contient l'énoncé du cahier des charges liant les différentes compagnies, énonce cette obligation tant pour les transports de marchandises que pour les transports de personnes. Cela ne veut pas dire que le public soit accepté sans restrictions.

a. *Limites prévues par le cahier des charges.* — Mais cette ordonnance de 1846, renouvelée par les décrets de 1901 et 1917, contient des restrictions formelles qui permettent aux compagnies de refuser les marchandises ou les voyageurs qui ne se conforment pas à certaines conditions. Ainsi les marchandises doivent être présentées à des heures fixées, être emballées suivant certaines règles, enfin, ne pas être dangereuses. Les marchandises qui ne répondent pas à ces dispositions ne sont pas acceptées. Les voyageurs, de leur côté, doivent respecter certaines exigences. Les compagnies doivent refuser toute personne en état d'ivresse, tout individu porteur d'armes à feu chargées, ou d'objets qui, par leur nature, leur volume ou leur odeur pourraient gêner ou incommoder les autres voyageurs; le décret de 1901 prescrit, en outre, l'exclusion des personnes atteintes visiblement ou

notoirement de maladies contagieuses. Enfin, les gares peuvent refuser de délivrer des billets aux voyageurs qui se présentent moins de 5 minutes avant l'heure du train. Bref, tout comme les marchandises, les voyageurs sont en principe refusés quand ils tombent sous le coup des restrictions susdites. L'acceptation n'est pas conforme à l'offre.

β. *Restrictions non prévues par le cahier des charges.* — Il y a une restriction que le cahier des charges et les décrets passent sous silence, c'est la force majeure et le cas fortuit (\*). Mais cela va de soi. Puisque les contrats sont annulés dès que survient un cas de ce genre, il doit en être de même à plus forte raison d'une obligation de contracter. La force majeure peut se manifester dans notre hypothèse sous la forme d'un accident : rupture d'une voie, effondrement d'un pont qui arrête le trafic et empêche le transport des personnes et des marchandises. L'état de guerre est également un événement de cette nature. L'encombrement des gares, l'insuffisance de matériel, pourront être aussi invoqués, mais plus rarement. Ces situations peuvent, en effet, provenir de la faute de la compagnie. D'autre part, elles ne sont pas nécessairement un empêchement absolu à l'exécution du contrat de transport : une difficulté plus grande n'est pas constitutive de force majeure.

Ainsi, les compagnies de chemins de fer sont obligées de contracter avec le public (°). Le cahier des charges, qui comprend les modalités de cette obligation, constitue les termes de l'offre à tout le monde que ces compagnies, par leur existence et leur trafic, adressent au public. Mais elles ne sont contraintes que dans la mesure des limites prévues par

---

(\*) Demogue, *Oblig.*, II, n° 623, p. 324, note 3.

(°) Josserand, *De l'esprit des droits*, p. 120.

le cahier des charges lui-même ou prescrites par l'usage juridique.

Les autres concessionnaires sont dans la même situation; ainsi, les exploitants des magasins généraux, qui tiennent leur droit d'une autorisation légale, doivent se mettre à la disposition de toute personne, sans faire de préférence ni de faveur (D. 12 mars 1859, art. 6).

#### B. — RESTRICTIONS PROVENANT D'UNE OFFRE.

L'offre est, comme le contrat, un acte juridique qui peut, sous certaines conditions, obliger celui qui l'a émise. L'offre précède immédiatement la conclusion du contrat. Il est rare que deux volontés s'expriment et manifestent leur consentement en même temps. Le plus souvent, la personne qui veut conclure un contrat prend les devants, cherche quelqu'un qui ait le même désir qu'elle et avec qui elle puisse passer le contrat qu'elle a en vue.

*Différentes catégories d'offres.* — Cette offre présente des degrés d'intensité différents. Elle peut n'être qu'une simple entrée en matière; c'est alors une offre vague, une simple invitation à entamer des pourparlers; elle n'a aucune valeur juridique et nous ne l'étudierons pas ici. Elle peut être plus précise, sans comprendre cependant tous les éléments nécessaires à la formation du contrat. Enfin, elle peut être complète et c'est sous cette forme que nous allons l'étudier : elle constitue alors un véritable projet de contrat auquel il ne manque que l'acceptation de l'autre partie, et nous sommes en présence de l'offre proprement dite. Son auteur l'a construite à sa façon; il ne demande au tiers à qui il s'adresse qu'une acceptation ou un refus. C'est pourquoi elle a une valeur juridique. Le contrat qui en résulte est appelé *contrat*

*d'adhésion*; l'acceptant, en effet, se contente de dire oui; il se soumet à toutes les conditions fixées par l'offrant. Son seul rôle est d'adhérer à la volonté de celui-ci.

*Formes de l'offre.* — Elle peut revêtir toutes les formes qu'une manifestation de volonté peut adopter<sup>(6)</sup> : lettres, circulaires, annonces, affiches, paroles, gestes, expositions en devantures; elle peut être expresse ou tacite; il suffit qu'on la comprenne. Elle peut ne s'adresser qu'à une personne, ou s'adresser à plusieurs, ou à tout le monde<sup>(7)</sup>. Elle est particulière si elle est envoyée sous forme de lettre; elle est destinée à plusieurs personnes si elle prend la forme d'une circulaire; enfin, elle est destinée à tout le monde si elle emprunte la voie des journaux, des affiches.

*Rôle du destinataire.* — Dans tous les cas, le destinataire n'a qu'à accepter ou refuser. S'il accepte, il adhère à la volonté de l'offrant et le contrat qui en résulte est dit « contrat d'adhésion »; cependant, ce terme est plutôt réservé aux contrats résultant d'offres adressées à tous; contrats avec les compagnies de chemins de fer, contrats d'assurance.

Il s'agit de savoir maintenant quelle est la valeur de cette offre, et dans quelle mesure son auteur retient sa liberté contractuelle en l'émettant. Il nous faut distinguer, ici, l'offre acte juridique, c'est-à-dire complète, de l'offre incomplète.

a) OFFRE COMPLÈTE, ACTE JURIDIQUE. — L'offre comprend tous les éléments du futur contrat. Il ne lui manque que l'acceptation du destinataire pour le devenir<sup>(8)</sup>.

Il faut distinguer, pour étudier le degré d'obligation de l'offrant, se placer à trois moments : 1° l'offre est en route; 2° elle est parvenue au destinataire; 3° elle est acceptée.

---

<sup>(6)</sup> Demogue, *Oblig.* II, 540 bis.

<sup>(7)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, n° 225.

<sup>(8)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, p. 105.

1° *L'offre est en route, mais elle n'est pas encore parvenue au destinataire.* — Nous avons vu dans la première partie que le sollicitant reste pleinement libre. L'offre lui appartient encore; il peut la reprendre ou l'annuler.

2° *L'offre est parvenue au destinataire.* — Le destinataire l'a reçue et en a pris connaissance; il a lu la lettre, le catalogue, la circulaire, ou, passant devant la boutique, a regardé les objets exposés et vu leur prix. L'offre est enregistrée par celui auquel elle était destinée; désormais elle n'est plus l'unique propriété de son auteur. Celui-ci va-t-il pouvoir, usant de son droit, ne pas contracter, la rétracter? ou se trouve-t-il déjà engagé, dans une certaine mesure tout au moins?

Jusque-là le destinataire est resté muet; rien n'indique s'il acceptera ou refusera; il ne s'est pas encore emparé de l'offre, elle semble donc encore à la disposition de son auteur. Elle l'est en réalité et la doctrine classique française admet que l'offrant peut retirer son offre. Le destinataire n'ayant pas encore accepté, il n'y a pas de contrat; or la volonté ne peut se lier elle-même, l'offre reste une simple proposition qui n'oblige pas son auteur. Mais une telle solution peut causer préjudice au destinataire qui allait accepter ou qui avait accepté, mais dont la lettre n'était pas encore parvenue à l'offrant quand il a rétracté son offre. Aussi la jurisprudence s'est-elle efforcée d'échapper aux conséquences rigoureuses de ces principes juridiques. Bien souvent l'offrant lui en fournit les moyens. L'offre réclame une certaine réflexion de son destinataire, il est donc tout naturel que son auteur accorde à celui-ci un délai d'acceptation, d'autant que l'expiration de ce délai anéantit l'offre.

*a. Délai exprès.* — Le délai est fixé directement : « Je vous accorde tant de jours pour accepter... »; ou, le plus souvent,

indirectement : « passé tel délai, vous devrez considérer l'offre comme non avenue ». Cette restriction, qui a pour but de dégager l'offrant après un certain laps de temps, équivaut à la fixation d'un délai. De l'octroi de ce délai, la jurisprudence conclut à l'obligation de maintenir l'offre pendant toute sa durée. C'est une très vieille tradition juridique dont parle Pothier. Celui-ci explique cette obligation de la manière suivante : à l'offre principale, l'offrant joint une offre secondaire, relative au délai qui est supposé accepté par le destinataire dès le reçu de l'offre; ainsi, l'offrant est tenu par contrat à maintenir sa proposition, quelle que doive être la réponse du destinataire.

β. *Délai tacite*. — La jurisprudence, désireuse de protéger celui-ci en assurant à l'offre une certaine stabilité, devait être amenée tout naturellement à déduire de l'offre l'octroi d'un délai tacite, en l'absence de toute clause de ce genre; ne peut-on, en effet, le considérer comme inhérent à l'offre elle-même? Les motifs qui incitent un offrant à fixer expressément un délai existent aussi, quand ce délai a été omis. C'est d'ailleurs un usage depuis déjà longtemps reconnu que l'offre comporte un délai de rigueur. Demolombe le dit nettement (\*) : « c'est un usage du commerce, d'après lequel celui qui fait une offre par lettre est réputé prendre l'engagement tacite de ne pas la retirer avant l'expiration du délai nécessaire pour que celui à qui il l'adresse puisse y répondre ».

Dans l'affaire Fardeau contre Brousse, que nous avons étudiée dans la première partie, la Cour de Paris reconnaît nettement l'existence d'un délai d'usage, en déterminant que l'offre n'est pas perpétuelle. L'offre faite par correspon-

---

(\*) Demolombe, *Contrats et obligations*, t. I, n° 66.

dance, alors même qu'elle ne porte l'indication d'aucun délai pour l'acceptation ou le refus, ne peut être considérée comme engageant son auteur au delà du temps moralement nécessaire pour que celui qui l'a reçue examine la proposition et fasse connaître sa réponse. » Ainsi, il y a un délai moral nécessaire pour l'acceptation.

*Comment en déterminer la durée ?* Il convient de se fonder sur les circonstances, sur l'objet et son importance, sur le temps nécessaire pour s'informer et se faire une opinion. Devant l'offre que constitue, par exemple, un étalage, le client a droit à un instant de réflexion. Il peut protester si, pendant ce délai, le commerçant s'empresse de retirer l'objet de sa devanture et refuse de le vendre. Il n'en est pas de même s'il met trop longtemps à se prononcer. Mais lorsque des offres d'achat ou de vente réclament du destinataire une étude du marché, de ses possibilités financières et de sa clientèle, quelques jours peuvent être nécessaires.

La jurisprudence se fonde aussi sur les circonstances particulières qui ont pu entourer l'émission de l'offre. Nous avons étudié dans la première partie, un arrêt de Bordeaux <sup>(10)</sup> dans lequel les magistrats déduisaient de ce que l'offre était faite par un télégramme avec réponse payée que le délai accordé était très court; les usages de la profession ou du pays concourent aussi pour la fixation de ce délai; un autre arrêt de la même Cour <sup>(11)</sup> déclare qu'au moment des vendanges, l'usage de la place est que l'offre ne tient son auteur que pendant vingt-quatre heures.

γ. *Caractère révocable ou irrévocable de l'offre.* — Soit qu'il ait fixé un délai, soit que la jurisprudence le suppose, l'offrant se trouve presque toujours obligé de maintenir son

---

<sup>(10)</sup> S., 70. 2. 219.

<sup>(11)</sup> D., 92, 2. 390.

offre un certain temps. Certains auteurs et certaines législatures en sont donc venues à considérer l'offre non seulement comme devant être maintenue pendant le délai d'usage, mais obligatoire pendant ce délai <sup>(12)</sup>, constituant une manifestation de volonté irrévocable dont l'auteur ne pourrait se dédire <sup>(13)</sup>. Tel est l'avis du Code civil allemand. M. Saleilles a défendu cette théorie en France. Mais il s'est trouvé qu'un jurisconsulte italien, M. Faggella, novateur sur bien des points, a pris résolument la défense de la théorie classique <sup>(14)</sup>. La volonté, dit-il, est libre; notre liberté ne peut être aliénée que par nous-mêmes; mais notre volonté ne suffit pas, il faut une mainmise d'autrui sur notre manifestation; tant que l'acceptation du destinataire n'est pas intervenue, l'offrant est libre, juridiquement, de retirer son offre. Seul, le contrat peut faire obstacle à l'instabilité de la volonté en créant une stabilité légale. Cela ne veut cependant pas dire que cette rétractation n'entraîne aucune responsabilité <sup>(15)</sup>. Loin de là, M. Faggella admet au contraire une responsabilité très étendue.

Il reste bien établi, en droit français, que l'offre est révocable, mais l'offrant encourt une responsabilité pour le tort qu'il a pu causer au destinataire. Son droit de refuser de contracter n'est donc plus intact, et cela dans tous les cas. L'offre avec délai contient une garantie quasi officielle, elle constitue une sécurité pour le destinataire, qui ne peut être détruite sous aucun prétexte <sup>(16)</sup>. La période des tâtonne-

---

<sup>(12)</sup> Demogue, *Oblig.*, t. II, n° 561 bis.

<sup>(13)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, n°s 170-171-172.

<sup>(14)</sup> Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 715.

<sup>(15)</sup> Valéry, *op. cit.*, n° 185.

<sup>(16)</sup> Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 744.

ments est passée, ce n'est plus une proposition, son auteur a dû réfléchir avant de l'émettre; sous aucun prétexte il ne peut revenir sur sa volonté. Il n'y a donc pas de motifs légitimes autorisant le retrait d'une offre dans les limites du délai et des conditions fixées. Toute rétractation entraîne responsabilité.

3° *L'offre a été acceptée par le destinataire.* — Nous avons posé, au début de ce chapitre, que nous étudions l'offre complète, dans laquelle tous les éléments du contrat futur sont fixés; seule, l'acceptation du destinataire fait défaut; dès qu'elle intervient, le contrat est complet; consentement et objet sont réunis, rien ne s'oppose à sa naissance. Il naît; l'acceptation crée donc le contrat. Dès ce moment, l'offrant est lié non plus par son offre, mais par le contrat; s'il se dérobe à ses engagements, ce n'est plus un refus de contracter, c'est un refus d'exécuter le contrat.

*Conformité de l'acceptation de l'offre.* — Mais encore faut-il que le contrat ait pu naître. Nous avons vu, dans la première partie, tous les cas dans lesquels, malgré l'acceptation, il n'y avait pas contrat. Il faut, bien entendu, que l'acceptation parvienne à la connaissance de l'offrant; qu'elle réponde aux termes exprès ou tacites de l'offre.

*Quant aux conditions expresses.* — Pour répondre aux conditions expresses, il faut que l'acceptation soit pure et simple, un « oui » sans commentaires ni restrictions ou conditions.

*Quant aux conditions tacites.* — Nous avons vu les difficultés qui surgissent à propos de l'interprétation des restrictions tacites incluses dans les offres et sur la question de savoir si l'acceptation les respecte ou non. La jurisprudence joue un rôle délicat. S'il s'agit de contrats *intuitu materiæ* la tâche est encore relativement facile; les conditions tacites

une fois déterminées, il s'agit de constater la présence ou l'absence des qualités correspondantes dans l'acceptation. Les offres *intuitu personæ* sont plus délicates à interpréter. Il s'agit en effet de discuter d'un goût, d'une impression intime. Si le contrat futur est d'ordre intime, tel le louage de services, les tribunaux laissent libre cours à l'arbitraire de l'offrant <sup>(17)</sup>; mais dès que ce caractère s'efface, dès qu'il est possible de fixer des règles d'après lesquelles la personne doit ou non convenir, ils reprennent leur droit de contrôle afin d'empêcher l'offrant de se dérober au contrat d'adhésion qu'il présente au public. Ainsi, dans les offres de spectacle, la prestation joue un rôle équivalent au moins à la personnalité des clients, il faut une raison sérieuse et actuelle pour que le contrat mutuellement formé par l'acceptation n'ait pas lieu. Nous avons vu (p. 42) que le souci d'assurer une bonne exécution du contrat en cause pouvait légitimer un refus de contracter avec la personne se présentant pour accepter l'offre. Dès que ce souci ne peut être directement invoqué, le refus est injuste.

Ainsi, un jugement du Tribunal de commerce de Marseille <sup>(18)</sup> décide que « le directeur (d'un établissement de spectacle), n'a, à aucun titre, le droit de se faire juge de la moralité privée du demandeur ». Cela est indifférent à la bonne exécution du contrat. Le Tribunal de la Seine <sup>(19-20)</sup> ajoute : « Les craintes que le directeur pouvait avoir sur la conduite éventuelle de S... au cours de la représentation, fussent-elles sérieuses, ne sauraient légitimer un refus d'entrée. » Le fait qu'un individu est convenable au moment de contracter suffit à empêcher un refus de l'offrant. Cela dé-

---

<sup>(17)</sup> Valéry, *Contrats par corresp.*, n° 231

<sup>(18)</sup> S., 10. 2. 126.

<sup>(19)</sup> S., 98. 2. 85.

<sup>(19-20)</sup> S., 98. 2. 85.

pend de la nature de l'établissement et de la clientèle; le directeur d'un casino pourra se montrer, à bon droit, beaucoup plus difficile; dans ce cas, non seulement la tenue, mais la crainte du moindre scandale pourra légitimer un refus d'admission.

Cette décision est peut-être un peu excessive. Mais l'inconvénient qui peut résulter de l'acceptation du client équivoque est compensé par le droit d'expulsion que possède le directeur. A plus forte raison, le directeur ne peut se prévaloir, pour refuser un client, d'un motif étranger à la bonne exécution du contrat de spectacle. Ainsi un spectateur est refusé à l'entrée d'un théâtre. C'était un agent dramatique chargé du recrutement d'artistes pour des établissements similaires. Il agissait donc dans un but possible de concurrence. L'offrant avait donc des raisons de redouter sa présence dans son établissement. Et cependant le Tribunal de la Seine décida que ce spectateur avait été refusé à tort. Rien ne laissait prévoir qu'il pût troubler le spectacle. C'était l'intérêt futur du directeur de ne pas l'accepter, mais l'offre formelle adressée à tous ne peut être rétractée que par des motifs relatifs à l'exécution directe du contrat dont il s'agit.

Prenons un exemple dans un cas différent. Un syndicat professionnel insère, dans l'offre qu'il adresse aux membres de la profession, la condition expresse d'appartenir à celle-ci, et comme conditions tacites de la remplir honorablement. Aussi un syndicat peut-il refuser une admission fondée sur un motif d'ordre professionnel. Un motif de cette nature a trait à l'exécution même du contrat qui unit les différents syndiqués, comme une question de tenue ou de sobriété est en relation directe avec le contrat de spectacle. Mais si le syndicat n'a pas réservé dans ses statuts le droit de refuser selon son bon plaisir, peut-il invoquer pour refuser un

candidat des restrictions tacites étrangères à la profession ? La Cour de Colmar a décidé que non <sup>(21)</sup>. Seuls, dit-elle, les intérêts professionnels doivent présider à l'admissibilité d'un nouveau membre. Les considérations tirées de la communauté des idées, des goûts, des tendances ou de l'éducation doivent rester étrangères à l'admissibilité <sup>(22)</sup>. Des considérations de ce genre peuvent, il est vrai, finir par influencer sur le contrat d'association, mais elles sont indifférentes quant à son exécution immédiate.

Ainsi donc l'auteur d'une offre formelle ne peut se dérober à l'acceptation que pour des raisons tenant à l'exécution immédiate du contrat.

On peut se poser la même question à propos de l'offre adressée à tous par le médecin exerçant. Le contrat qui doit en résulter, dit-on, est un contrat de confiance qui implique l'*intuitus personæ*. Mais on est venu à penser <sup>(23)</sup> que la restriction tacite découlant de ce caractère n'était pas absolue et ne laissait pas à l'offrant sa pleine liberté. Car le contrat est *intuitu personæ* pour le client, qui est libre de choisir le médecin qu'il veut; en s'adressant à lui, il lui fait confiance. Le médecin, comme le commerçant, l'entrepreneur de spectacle, l'association, a fait une offre, qu'il se doit de respecter dans la mesure d'une bonne exécution. Il ne peut donc fonder un refus que sur un motif d'ordre professionnel. Le client, par exemple, lui demande de soigner une maladie qui ne rentre pas dans sa spécialité. Certaines législations étrangères imposent au médecin l'obligation de soigner qui se présente. Il est loin d'en être ainsi en France. La loi, ni

---

<sup>(21)</sup> *Rev. Jur. d'Alsace-Lorraine*, 1925, p. 105. *Doct. Ricklin c. Syndicat des médecins de Strasbourg*.

<sup>(22)</sup> Cohin, *Abstention fautive*, thèse Paris, 1929, p. 169.

<sup>(23)</sup> Cohin, *loc. cit.*, p. 173.

même la jurisprudence, ne sanctionnent encore cette théorie.

Chaque fois que le tribunal constate que le motif n'était pas légitime, il déclare que l'offrant a agi sans droit. En effet, par son offre, il a aliéné sa liberté contractuelle; si l'acceptation correspondait à l'offre, le contrat était formé, et le droit de s'y refuser n'existait plus.

Donc, quand l'acceptation répond à toutes les conditions tacites et expresses de l'offre, les deux volontés se rencontrent, le contrat naît. Les parties sont désormais dans les liens contractuels. Elles ne nous intéressent plus.

b) OFFRE INCOMPLÈTE. — 1° *Nature. Forme.* — L'offre formelle, même contenant une réserve tacite, reste un acte juridique. Mais dès qu'il lui manque un élément indispensable, il n'y a plus acte juridique, ce n'est qu'une proposition de contracter. Car le contrat ne peut naître d'une acceptation. C'est l'attitude de tout le commerce : le magasin ouvert, l'enseigne, l'exposition, sans indication de prix, des objets à vendre ne constituent pas une offre assez précise pour donner naissance à un contrat. C'est le cas également de bien des réclames, des programmes, affiches, insertions; ainsi : maison à vendre avantageusement; auto à vendre, prix intéressant. S'il manque un élément indispensable à la formation du contrat — soit le prix, soit la description précise de l'objet — c'est un appel, mais non une offre juridique <sup>(24)</sup>. Peut-il cependant en résulter une obligation pour l'offrant, quel droit peut en retirer le client acceptant ? Il manque un élément de contrat; va-t-il naître ? La discussion qui va surgir à la suite de cet appel va-t-elle se réduire à la fixation de cet élément, les autres points étant déterminés et acceptés de part et d'autre, ou l'absence de cet élément

---

(24) Demogue, *Oblig.*, II, p. 153-154, n° 550.

libère-t-elle le pollicitant de tout engagement envers l'acceptant, laissant ainsi intacte sa liberté de ne pas contracter ?

2° *Valeur. Efficacité.* — Il semble au premier abord que la discussion doive se borner à l'élément absent. Les autres points ont été annoncés; le client, en se présentant, les a acceptés; on ne peut donc revenir sur eux. La situation paraît identique à celle que nous venons d'étudier précédemment : l'offre était complète, mais une réserve tacite empêchait son effet immédiat; la jurisprudence limite le droit de discussion à cette seule réserve, et encore prétend-elle contrôler les raisons qui peuvent empêcher la formation du contrat. Les limites de la discussion sont, ici seulement, plus larges. Le client se présente, demande le prix; on le lui indique; s'il accepte, le contrat est conclu, puisque l'offrant complète son offre et que le destinataire accepte ce complément. Sinon, il n'y a pas accord et l'offrant peut refuser de contracter. Mais l'offrant, avec l'arrière-pensée d'éloigner l'acceptant, fixe un prix excessif, dépassant tous les cours et qui n'est plus justifié par aucune considération économique. Déterminer ainsi l'élément absent aboutit donc en réalité à ruiner l'engagement pris sur les éléments fixés dans l'offre.

On est donc ainsi conduit à admettre l'intervention de la justice, qui réduirait le prix à un niveau raisonnable. Ce système mènerait même plus loin. L'acceptant pourrait, avant toute fixation de prix de la part du pollicitant, s'adresser à la justice pour qu'elle le détermine à l'aide des cours. Mais les tribunaux ne semblent pas vouloir accepter cette fonction. S'ils peuvent, en interprétant la volonté des parties, déterminer certaines clauses secondaires, ils n'ont pas à se substituer à celles-ci dans la rédaction essentielle de

leurs conventions. C'est affaire purement privée; si pareille jurisprudence s'établissait, on négligerait de s'entendre sur les points principaux, s'en rapportant à la justice pour les fixer au mieux des intérêts de chacun.

3° *Inefficacité*. — D'autre part, la jurisprudence ne semble pas, quant à présent, limiter la liberté du pollicitant au seul élément absent. Ainsi, une compagnie de navigation, dans les affiches et insertions, ne publiait jamais les taux du fret qu'elle réclame. Des commerçants éconduits l'attaquent, prétendant que ces offres la lient à ceux qui acceptent. La Cour d'Aix <sup>(25)</sup> décide : « *l'absence du prix est un point décisif* au regard du droit; la compagnie, de ce fait, conserve sa pleine liberté d'action, car, sans le prix du fret, élément essentiel, les avis et les invitations adressés au public ne donnent naissance à aucun lien de droit entre la compagnie et les acceptants. » La Chambre des requêtes rejette le pourvoi des commerçants : « La compagnie restait absolument libre de refuser le chargement des marchandises. »

Une offre de ce genre n'a donc aucun caractère juridique; ce n'est qu'une proposition sans engagement d'aucune sorte. La liberté contractuelle de l'offrant n'est donc pas atteinte : c'est la liberté du commerce et de l'industrie que nous avons étudiée. Mais il est possible que la jurisprudence évolue vers une conception plus stricte, conforme à l'idée qu'elle commence à se faire de l'engagement unilatéral : ne laisser au pollicitant que le droit de déterminer ce qui manque dans l'offre et soumettre cette détermination à son contrôle en vertu de la théorie de l'abus du droit.

---

(25) D., 83. 1. 105.

C. — RESTRICTION PROVENANT D'UNE ACCEPTATION D'HÉRÉDITÉ.

Dans les deux premières hypothèses que nous venons d'envisager — contrat et offre — une personne s'est engagée à contracter. Ici, au contraire, l'obligé ne s'est pas obligé lui-même, il a pris la place du débiteur et subit l'obligation. C'est le cas du successeur universel ou à titre universel, qui succède aux droits et obligations de son auteur. Il va être obligé, comme l'était celui-ci, en vertu d'un acte purement volontaire, qui est l'acceptation de la succession. Cet acte est, pour celui qui l'accomplit, créateur de droits et d'obligations. Il n'y a plus de succession universelle entre vifs, il n'y en a plus qu'en cas de décès. Successeur universel ou à titre universel, l'héritier *ab intestat* ou le légataire continuent le *de cujus*. Si celui-ci s'est engagé par avant-contrat à contracter, à constituer une hypothèque ou à vendre tel immeuble, l'héritier doit servir l'engagement. Par son acceptation de la succession, l'héritier enchaîne sa liberté contractuelle dans la mesure où le *de cujus* l'avait fait.

SECTION II

**Restrictions légales.**

La loi peut aussi porter atteinte à la liberté contractuelle, c'est une tendance qui ne fera que se développer. De plus en plus soucieuse de protéger l'intérêt général, ou tout au moins l'intérêt de certaines catégories d'individus, elle est portée à s'attaquer à ceux qui, usant de tel ou tel de leurs droits, causent préjudice au public ou à certaines personnes.

En cette matière, il y a de très vieilles restrictions; il y en a aussi de toutes récentes, début d'une évolution qui ne fera que s'accroître.

A. — RESTRICTIONS TRADITIONNELLES.

a) RESTRICTIONS DANS L'INTÉRÊT DES PARTICULIERS. — Le Code civil prévoit deux cas de contrat nécessaire; l'article 661 permet à un propriétaire d'acquérir la mitoyenneté d'un mur bordant son fonds. Le propriétaire contigu ne peut s'y refuser; c'est une vente forcée. L'article 682 permet à celui qui possède un fonds enclavé dans d'autres propriétés d'exiger des autres propriétaires un droit de passage, moyennant indemnité; voici encore un cas de vente nécessaire. Les avocats sont parfaitement libres de refuser les clients qui se présentent; mais s'ils sont commis d'office, ils doivent obéir; ils doivent défendre le client qu'on leur impose : c'est un contrat nécessaire, si tant est qu'il y ait contrat en cette matière. Ces restrictions sont purement fragmentaires. Ce sont des cas d'espèce; la loi décide ainsi pour éviter à un tiers, dans une hypothèse donnée, un grave ennui. Mais le Code ne contient aucune restriction d'un ordre quelque peu général.

b) RESTRICTIONS DANS L'INTÉRÊT DE L'ÉTAT. — L'Etat, au contraire, ne s'est jamais oublié, et quand il s'agit de ses besoins ou de ceux d'une collectivité publique, il n'hésite pas à porter atteinte à la liberté de propriété, et, par conséquent, à la liberté contractuelle. Il a besoin de propriétés, il exproprie; de choses mobilières, il réquisitionne; de services en nature, il impose des corvées. Il se prémunit ainsi contre le mauvais vouloir de ses partenaires, qui ne peuvent se dérober aux exigences de la puissance publique. Cette pratique a tendance à se généraliser; non seulement l'Etat exproprie pour son compte, mais aussi en faveur des compagnies concessionnaires. C'est ce procédé qui a permis

la construction des chemins de fer, l'installation toute récente des usines hydro-électriques. L'expropriation a donc tendance à servir, outre l'intérêt de l'Etat et des collectivités administratives, l'intérêt d'entreprises d'utilité générale. Celle-ci prime l'intérêt particulier que représente le propriétaire attaché à son bien.

D'autre part, l'Etat exige des citoyens certains services qu'ils ne peuvent refuser, le service militaire, par exemple. L'article 23 de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine dispose que « tout docteur en médecine est tenu de déférer aux réquisitions de la justice » et punit tout refus d'une amende de 25 à 100 francs.

Mais peut-on, dans ces différentes hypothèses, déceler l'existence d'un contrat, et, par suite, des cas où le droit de ne pas contracter se trouverait singulièrement restreint? L'Etat impose sa volonté, c'est un contrat obligatoire : voilà deux mots qui jurent ensemble; car le contrat suppose le consentement des parties, et le consentement du cédant ou de celui qui rend le service est absent. Il n'y a donc pas contrat, mais acte de l'autorité. Et l'on peut se demander, quoique la situation soit moins nette, s'il n'en est pas de même pour les quelques hypothèses envisagées plus haut. L'avocat commis d'office contracte-t-il réellement avec son client? Le propriétaire vend-il la mitoyenneté de son mur ou le droit de passage à son voisin enclavé? N'y a-t-il pas dans ces cas cession forcée? car la volonté en est absente.

c) RESTRICTIONS INDIRECTES. — Enfin certaines dispositions légales aboutissent indirectement à une restriction de la liberté contractuelle. Les municipalités ont le droit de taxer le pain et même la viande. Les boulangers et les bouchers doivent donc dans ces hypothèses vendre au prix de la taxe; mais sont-ils obligés de vendre à tout venant? Un

jugement, cassé par la Cour suprême <sup>(26)</sup> admet : « que ce refus (de vendre) n'était prévu par aucune loi, et qu'il n'existait aucun acte administratif qui vînt placer ce fait sous l'application de l'article 471 du Code pénal; et que, par conséquent, le boulanger taxé pouvait refuser de vendre ». Mais la Cour de cassation y répond par un arrêt qui est la reproduction de plusieurs autres <sup>(27)</sup>. Le boulanger n'est pas forcé de vendre, mais il est contraint de vendre au prix de la taxe; si on lui permet de refuser de vendre, on neutralise l'effet de la taxe. Le boulanger forcerait ainsi, par son refus, le client à élever, sous l'aiguillon de la faim, ses offres jusqu'à ce qu'il ait triomphé de la cupidité du vendeur. En fait, boulangers et bouchers, quand ils sont taxés, se trouvent obligés de contracter avec les clients qui se présentent. La liberté contractuelle est supprimée par la loi <sup>(28)</sup>.

La même situation était faite jadis aux aubergistes et hôteliers, par l'ordonnance de 1563. Afin d'arrêter l'excessive élévation des prix, les officiers municipaux avaient l'obligation de dresser un tarif. L'ordonnance ajoutait, dans son article 19, comme corollaire à cette obligation, celle de recevoir, sauf motifs légitimes, tous les voyageurs qui se présenteraient. Plusieurs demandeurs en justice cherchèrent, au milieu du xix<sup>e</sup> siècle, à s'appuyer sur cette vieille disposition législative; mais la Cour de cassation décida, par plusieurs arrêts <sup>(29)</sup>, que cette ordonnance avait été abrogée par la loi de 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie. Cette restriction légale a donc disparu et les hôteliers, comme tous les autres commerçants, profitent de la liberté contractuelle.

---

<sup>(26)</sup> S., 54. 1. 500.

<sup>(27)</sup> S., 47. 1. 752.

<sup>(28)</sup> Morel, *Du refus de contracter*, *Rev. trim. dr. civil*, 1908, p. 294-295.

<sup>(29)</sup> S., 57. 1. 718; S., 58. 1. 79; S., 64. 1. 99.

B. — RESTRICTIONS NOUVELLES DANS UN BUT SOCIAL.

La loi prend maintenant en considération l'intérêt de diverses catégories de citoyens; étant donné l'importance qu'ils détiennent, elle estime qu'elle se doit de les protéger contre les conséquences de la liberté contractuelle de certains particuliers. De cet état d'esprit est née récemment la loi sur la propriété commerciale, et naîtra bientôt la loi sur la propriété culturale; des lois imposent l'emploi des mutilés, et l'emploi des ouvriers syndiqués a failli être imposé aux patrons.

a) RESTRICTIONS EN FAVEUR DES COMMERÇANTS. — Un commerçant loue une boutique, y installe un fonds qui prospère et prend une grande valeur. A l'expiration du bail, le propriétaire refuse de renouveler. Voici le commerçant obligé de chercher un autre magasin, de procéder à une nouvelle installation, et surtout de déplacer son fonds de commerce, ce qui peut lui être fatal. Le propriétaire est dans son droit le plus strict. Le contrat de bail a été exécuté; à son expiration, les deux parties redeviennent étrangères l'une à l'autre et reprennent leur liberté. Les conséquences de ce droit apparaissent passablement injustes quand le propriétaire est inspiré par la seule malveillance. Un mouvement de protestation s'est donc produit dans le commerce et l'industrie. La jurisprudence aurait pu, dans une certaine mesure, porter remède à cette situation en s'aidant de la théorie de l'abus du droit. Le propriétaire qui refusait le renouvellement du bail par caprice ou malveillance aurait abusé de son droit et se serait trouvé responsable. C'eût été fragile, car la preuve de la malveillance est difficile à faire. Une loi est donc intervenue. Elle restreint gravement le droit du propriétaire. Le locataire commerçant retire de ce fait un

droit contraire très fort, que l'on ose appeler propriété commerciale. Le locataire doit prévenir deux ans à l'avance qu'il entend renouveler son bail. Si les parties ne peuvent se mettre d'accord, elles comparaissent devant le président du tribunal, qui doit les concilier ou recevoir les motifs de refus du bailleur. Si le bailleur consent, en principe, au renouvellement, mais qu'il n'y ait pas accord sur le prix ou une autre condition, chaque partie désigne un arbitre qui fixera les conditions du nouveau bail; sa durée ne pourra excéder la durée du précédent, et, de toute façon, neuf ans. Le propriétaire pourra se dérober à cet accord s'il reprend le magasin pour lui-même ou pour ses enfants, ou s'il a une offre supérieure, et que le locataire ne peut égaler. Sinon, s'il refuse, il engage sa responsabilité. Il doit indemniser le locataire de tout le préjudice que lui cause ce refus. Ainsi donc sa liberté contractuelle est strictement limitée : en dehors de quelques cas, il ne peut refuser de contracter à nouveau avec son locataire. S'il refuse, on ne le lui impose pas, mais il encourt une responsabilité telle que, le plus souvent, elle aboutit à la nécessité d'accepter le renouvellement. La propriété subit donc une atteinte sensible.

Le mouvement s'étend.

b) RESTRICTIONS EN FAVEUR DES FERMIERS. — Le locataire d'un fonds rural semble devoir bientôt profiter d'une loi analogue <sup>(30)</sup>. Jusqu'à présent, un fermier dont le bail n'était pas renouvelé pouvait avoir droit à une indemnité représentant la plus-value que ses travaux avaient procurée à la terre et que justifiaient les principes généraux du Droit. Mais, le propriétaire reste pleinement libre de refuser tout renouvellement de bail, quel que soit le prétexte. Le fermier,

---

<sup>(30)</sup> *Figaro*, 10 déc. 1928.

obligé d'abandonner la ferme où il était installé depuis longtemps et de chercher un nouvel établissement, subit un préjudice, moins considérable il est vrai que celui souffert par le commerçant; le premier n'éprouve que des difficultés; le second supporte une atteinte directe à son patrimoine. Un projet de loi, actuellement déposé sur le bureau du Sénat, institue au profit du fermier sortant le droit au renouvellement de son bail. Le propriétaire, désormais, n'est plus libre de refuser, à moins que lui-même ou ses enfants ne se réservent l'exploitation du domaine. Si le propriétaire s'obstine à refuser, il devra indemniser le fermier non seulement de la plus-value, mais du préjudice que lui cause le non-renouvellement du bail. Voici donc une nouvelle et grave atteinte au droit de propriété, et par suite au droit de refuser de contracter.

c) RESTRICTIONS EN FAVEUR DES MUTILÉS. — Pour protéger d'autres catégories sociales, la loi n'a pas hésité à porter atteinte à la liberté contractuelle. C'est ainsi que la loi du 26 avril 1924 oblige tout chef d'entreprise occupant un nombre de salariés supérieur à 10 ou 15, suivant le cas, à occuper un certain pourcentage de pensionnés de guerre.

d) PROJETS DE RESTRICTION EN FAVEUR DES SYNDICATS. — Après la loi de 1884 qui autorise les syndicats, un mouvement favorable à ces organismes se développa dans les milieux politiques. Les syndicats, devenus rapidement, pour la plupart, des agents révolutionnaires, suscitaient de nombreuses grèves. Les patrons se montrèrent hostiles et essayèrent d'en entraver le développement en refusant d'embaucher les ouvriers syndiqués. Pour protéger la classe ouvrière et cette nouvelle institution, M. Bovier-Lapierre déposa, en 1890, une proposition de loi qui fut adoptée à deux reprises par la Chambre, mais que le Sénat repoussa. Etait

puni d'une amende, et même de prison, le patron convaincu d'avoir entravé ou troublé la liberté des associations professionnelles par des refus d'embauchage. L'atteinte portée à la liberté contractuelle était singulièrement grave; refuser de contracter devenait un délit pénal. Quelques années plus tard, Waldeck-Rousseau reprit ce projet, mais en l'adoucissant. Le refus d'embauchage cessait d'être un délit pénal pour n'être qu'un délit civil. Mais ce projet a subi le sort du précédent. Aucune limitation n'existe donc en cette matière; ce n'est cependant pas que le législateur n'ait désiré en fixer.

Ainsi donc, à côté de certaines restrictions traditionnelles et fragmentaires, la loi a une tendance marquée à porter atteinte à la liberté contractuelle, comme aux autres libertés, dans le but de favoriser telle ou telle catégorie de citoyens. C'est une tendance dangereuse.

### SECTION III

#### **Restrictions jurisprudentielles.**

La jurisprudence, avons-nous dit, est le troisième agent capable d'apporter des restrictions au droit de ne pas contracter. Quels motifs vont influencer sa décision? Tantôt l'intérêt général, tantôt l'intérêt privé. Quand la liberté contractuelle permet à certaines personnes de brimer toute une catégorie de citoyens : tel ce commerçant qui, seul dans sa commune, profite de sa situation exceptionnelle pour refuser de vendre à certains de ses clients; tel aussi ce patron qui, fort de sa situation prépondérante, refuse d'embaucher des ouvriers syndiqués dans le but malveillant de vider le syndicat de ses adhérents. Ainsi le public va souffrir dans ses intérêts, la classe ouvrière dans ses droits.

L'intérêt général va donc pâtir de l'intérêt particulier. La jurisprudence, soucieuse de protéger la paix publique et d'établir un juste équilibre entre l'individu et la société, n'hésite pas à diminuer dans des cas de ce genre l'usage de la liberté contractuelle.

D'autres fois, le refus de contracter ne porte atteinte qu'à une seule personne. Entrées en relation à propos d'un futur contrat, deux personnes entament des négociations; l'une s'y dérobe; l'autre, qui avait cru à la réalisation du futur contrat, souffre de cette rupture. La jurisprudence estime que son auteur, bien qu'il fût dans son droit, encourt une certaine responsabilité. Dans ces deux séries d'hypothèses, la jurisprudence joue un rôle différent. Dans le premier cas, elle remplace la loi, elle crée de véritables délits. Dans le second cas, elle donne à une simple ébauche de volonté des effets juridiques qui ne sont pas prévus par la loi.

A. — RESTRICTIONS JURISPRUDENTIELLES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL.

a) RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ COMMERCIALE. — L'exercice d'un droit cause toujours un dommage à autrui; ainsi l'usage de la liberté commerciale n'est pas sans gêner parfois certains clients. Le commerçant détaillant de solvabilité douteuse à qui des commerçants en gros refusent de vendre; l'individu d'allure suspecte qu'un boutiquier chasse de son magasin; la personne à qui un garagiste refuse de louer une voiture, souffrent évidemment de ce droit de ne pas contracter que possèdent les commerçants. Mais ces inconvénients sont en réalité peu de chose, car il existe un remède efficace.

Le commerçant, l'industriel, le voiturier qui refusent ne sont pas uniques en leur genre; dans la même rue, dans le même quartier, dans la même ville, on trouve une autre personne prête à faire les honneurs de sa boutique, à vendre

les mêmes produits, à fournir les mêmes services. Refusé par l'un, le client sera accepté par l'autre. La concurrence qui résulte de l'existence de plusieurs commerçants, industriels de la même espèce dans un rayon assez restreint constitue un remède efficace aux inconvénients que peut avoir la liberté contractuelle. Aussi la jurisprudence ne s'en soucie pas.

*Absence de concurrence : a. Inconvénients qui peuvent en résulter.* — Mais si la personne, repoussée par un commerçant, ne peut se procurer la chose qu'elle désire et dont elle a un besoin urgent, elle peut subir un dommage considérable. Il en est ainsi quand les hasards de la vie économique ou la volonté de certains réduisent ou détruisent la concurrence. Un commerçant, un industriel uniques dans la région refusent de contracter avec un client; celui-ci ne pourra se procurer la chose ou le service qu'il désirait. Le préjudice est minime si la chose ou le service étaient de peu d'importance; il peut être considérable et même capital s'il s'agit d'un objet ou d'un service indispensables à la vie. L'usage du droit de ne pas contracter peut donc amener de graves conséquences quand la concurrence est absente, c'est-à-dire quand il y a monopole <sup>(31)</sup>. Si le monopoleur est honnête homme et use de sa liberté avec conscience, les effets ne s'en feront pas sentir, mais s'il est mal intentionné, la liberté contractuelle servira alors à brimer une partie de la population, à entraver le développement d'une concurrence naissante.

Comme le dit fort bien une sentence de juge de paix, à propos d'un voiturier, seul dans un pays : « il a le pouvoir extraordinaire de frapper d'interdit tel ou tel commer-

---

(31) Morel, *Refus de contracter*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1908, p. 310.

gant que le soin de ses affaires appelle en ville; ceux qui ont besoin de lui sont livrés à sa merci. Il peut à son gré entraver la liberté individuelle, troubler gravement l'ordre public ».

Des passions politiques pourront facilement être assouviées. Et sans qu'il résulte de ce refus un préjudice matériel, il peut en découler un tort moral grave. Ainsi un arrêt décide que « le fait d'être exclu du Casino de Nice, unique en son genre, comporte avec lui une sorte de suspicion ».

Le monopoleur peut, d'autre part, user de son droit de ne pas contracter pour faire le vide autour d'un tiers, le plus souvent d'un concurrent éventuel. Ainsi une compagnie concessionnaire de gaz <sup>(32)</sup> déclare, dans ses circulaires, ne fournir du gaz qu'aux particuliers qui prendront leur compteur dans ses magasins et les feront poser par ses ouvriers. Elle use de son monopole pour nuire aux plombiers de la ville, qui auraient pu, aussi bien qu'elle, poser les compteurs. Nous avons sous les yeux un exemple frappant et tout récent : Le consortium de grands journaux de Paris décide de refuser la publicité aux commerçants et industriels qui inséraient des réclames dans *L'Ami du Peuple*. L'existence d'un monopole ou d'une coalition peut donc donner lieu à des inconvénients graves dont la jurisprudence n'a pas voulu se désintéresser.

β. *Remède*. — Elle intervient et, *sans texte de loi*, s'efforce de réprimer les conséquences fâcheuses que la liberté contractuelle peut entraîner dans ce cas. Le titulaire du monopole ne peut donc, d'après elle, refuser de contracter avec ceux qui s'adressent à lui sans être responsable, à moins bien entendu qu'il n'ait des motifs légitimes. Toute

---

(32) Nancy, D., 79. 2. 59.

une théorie a été bâtie par la jurisprudence. Il faut deux conditions essentielles pour qu'un commerçant, un industriel puissent être responsables : qu'il y ait monopole, qu'ils aient refusé sans motifs.

1° *Conditions d'application de ces restrictions: a. Existence d'un monopole. Monopole.* — Le fait d'être seul à vendre ou à fabriquer un produit ou à fournir un service dans un certain territoire donné constitue un monopole. Il faut s'attacher à la nature de l'objet et à l'étendue sur laquelle le commerçant — ou industriel — est sans concurrent. Aucun autre commerçant — ou industriel — ne doit pouvoir fournir un objet semblable. On peut admettre une certaine assimilation et considérer comme concurrent celui qui vend ou fabrique des objets répondant à peu près aux mêmes besoins. Mais il ne faut pas trop étendre cette assimilation, et ne pas considérer la brioche comme remplaçant le pain; ne pas voir dans le pâtissier un concurrent du boulanger. Ainsi, l'entrepreneur de transports qui assure le service entre Morteau et Pontarlier refuse un voyageur <sup>(33)</sup>; celui-ci a recours à une voiture particulière. Il a pu, malgré le refus de l'entrepreneur, parvenir à Pontarlier. Il s'était donc trouvé dans Morteau une personne capable de lui fournir ce même service. Et cependant, l'entrepreneur fut condamné, comme ayant refusé en état de monopole. En effet, le particulier qui avait transporté le voyageur à Pontarlier lui avait demandé un prix supérieur à celui demandé par l'entrepreneur; on ne pouvait par conséquent le considérer comme un concurrent fournissant un service semblable. Il faut, d'autre part, pour qu'il y ait monopole, que

---

(33) S., 68. 1. 193.

le commerçant — ou l'industriel — soit seul. Ce caractère d'unicité vaut pour une certaine étendue, qui varie d'après l'utilité et l'urgence de la chose. Un boulanger, distant d'un kilomètre d'un concurrent, peut être considéré comme détenant un véritable monopole; un kilomètre est une distance considérable pour quelqu'un qui a faim. De même, l'aubergiste d'un village n'est pas le concurrent de celui du village voisin; la distance qui les sépare suffit à créer à chacun un monopole. Un voyageur, repoussé le soir, ne peut faire les quelques kilomètres qui séparent un pays de l'autre. Mais si l'objet est au contraire inutile, la distance ne compte presque plus; le fournisseur de la ville refuse, on peut s'adresser à celui de la ville voisine, on a le temps d'attendre. Aussi l'étendue nécessaire pour qu'il y ait monopole croît en proportion inverse de l'utilité de la chose.

*Coalition.* — L'absence de concurrence peut tenir à autre chose qu'à ce fait que le commerçant — ou l'industriel — se trouve seul de sa spécialité; elle peut tenir, par exemple, à une entente entre tous les représentants d'une même corporation. Le résultat est le même que précédemment, et si le groupe, le cartel, décide de refuser de contracter avec telle personne, celle-ci essuiera un refus concerté; c'est une mise à l'index ou en quarantaine. Une coalition de ce genre aboutit aux mêmes conséquences que le monopole. Tous les commerçants se sont entendus, cela équivaut à l'existence d'un seul; ils ne font plus qu'un.

β. *Absence de motifs légitimes.* — Cette défense de refuser de contracter ne peut être absolue. Des commerçants ou industriels, par le seul fait qu'ils n'ont pas de concurrent, ne peuvent se voir imposer des clients indésirables ou des marchés ruineux. Certes, ils ont des intérêts qu'ils doivent pouvoir protéger dans tous les cas. La jurispru-

dence n'a garde d'aller si loin. Elle ne poursuit pas le refus du commerçant consciencieux qui n'a en vue que la défense de ses intérêts. Aussi admet-elle toute une série de motifs légitimes qui permettent aux titulaires de monopoles de refuser de contracter. En étudiant ces différents motifs, nous pourrons déduire les cas où la jurisprudence interdit au contraire d'user de ce droit.

Ce système de motifs aboutit au contrôle des tribunaux; c'est en fait une première restriction à la liberté du commerce et de l'industrie. En cas de concurrence, l'usage de la liberté est arbitraire, les tribunaux n'ont pas à en scruter les motifs; ici, au contraire, c'est une liberté en quelque sorte surveillée.

1. *Classification des motifs légitimes*. — Il faut, pour classer les différentes hypothèses, distinguer les entreprises dans lesquelles le contrat revêt un caractère *intuitu materiæ*, et celles dans lesquelles il touche au caractère *intuitu personæ*. Plus la personne joue un rôle dans les rapports contractuels, plus les motifs de refus sont nombreux.

*Contrats «intuitu materiæ»*. — Le commerçant qui vend au comptant n'a pas à s'inquiéter de la personnalité de ses clients, ou très peu; peu lui importent leur tenue ou leur allure, ils ne font que passer et disparaissent; il ne recherche que la prestation qu'ils lui fournissent; telle est la situation de tous les détaillants. Il n'y a, en réalité, aucun motif pour eux de refuser de vendre. Cependant, le client qui se présente peut être, par son attitude indécente, ou par son état d'ivresse ou de malpropreté repoussante, un danger pour le commerçant et pour les siens. Comme chef de famille, maître de son domicile, il peut refuser d'entrer en relations avec un tel individu, refuser de lui vendre, le mettre à la porte. Dans une affaire de ce genre, la Cour

de Cassation <sup>(34)</sup> donne raison à une boulangère qui avait refusé de vendre du pain : « Pour des motifs de convenance personnelle, on peut refuser de vendre et interdire l'accès de son magasin à une personne déterminée; ce n'est pas un refus de vendre au prix de la taxe, mais l'usage légitime d'un droit consacré, au profit des boulangers comme de tous autres marchands, par la loi de 1791. » Il semble qu'il s'agisse plutôt ici de l'inviolabilité du domicile que de la liberté du commerce.

*Contrats mêlés de personnalité.* — Mais si le magasin est luxueux, le rendez-vous d'une clientèle choisie, la personnalité du client devient intéressante. Le propriétaire doit donc veiller à ce que rien ne vienne porter atteinte au bon renom de sa maison. Repousser une personne qui ne répondrait pas aux exigences du milieu est donc admissible. Les clients ne sont plus désormais des unités quelconques; leur personnalité, en dehors de leur capacité purement économique, prend de l'importance. Il en est ainsi en fait de transport de personnes dans une voiture commune. Le voiturier a le devoir non seulement de transporter les voyageurs, mais aussi de leur assurer un voyage correct, avec des compagnons de route convenables. Il a le droit d'examiner l'état et la tenue des personnes qui sollicitent leur admission dans la voiture. Il peut refuser celles qui constitueraient une gêne pour les autres voyageurs. Les décisions de justice reconnaissent ces motifs légitimes. Dans un de ses arrêts <sup>(35)</sup>, la Cour de Bordeaux déclare que le « grief relevé contre B... n'est nullement justifié ». Il existe donc des griefs justifiés et le jugement antérieur

---

<sup>(34)</sup> D., 89. 1. 222.

<sup>(35)</sup> D., 81. 3. 84.

avait pris soin de préciser que le voyageur en question ne pouvait être sujet à aucun reproche quant à sa tenue ou sa conduite, et qu'il ne pouvait ainsi porter atteinte à l'intérêt des autres voyageurs, ni à l'entreprise.

*Contrats « intuitu personæ ».* — Nous sommes ainsi amené à étudier un genre d'exploitation où les personnes jouent un rôle prépondérant. Celle des casinos. Plusieurs procès ont surgi à l'occasion de refus d'admission. Un premier jugement <sup>(36)</sup> du Tribunal de Pont-l'Evêque, très étendu, étudie la question d'une manière approfondie. Il ne parle pas de monopole, mais il est à peu près certain que le Casino de Trouville constituait à l'époque un lieu unique en son genre, et que la personne exclue subissait un tort, tout au moins moral, que l'admission dans un établissement similaire ne pouvait effacer ou atténuer. Le jugement commence par déclarer que le casino, tout en participant jusqu'à un certain point de la nature du théâtre ou du concert public, ne possède pas entièrement leur nature d'établissements ouverts au public. A côté des représentations, il y a les salles de jeux, les salles de réunions, de lecture, de bals, tout un ensemble qui tient plutôt du cercle privé. Ce n'est pas un spectacle offert à quiconque moyennant un certain prix, mais une réunion de personnes qui souhaitent être dans un milieu select. Un choix s'impose donc; la direction peut être obligée de refuser. Mais quels vont être les motifs légitimes ? Le contrôle des tribunaux porte atteinte à l'appréciation personnelle de la direction. Cette appréciation est quelque chose d'intime, d'intuitif. Il est parfois difficile de la donner par des motifs précis. Les tribunaux risquent d'interpréter à faux et de

---

(36) D., 80. 3. 22.

mal contrôler. Aussi ce jugement, ainsi qu'un autre jugement identique de Saint-Gaudens de la même époque <sup>(37)</sup> décident qu'en cette matière les tribunaux ne peuvent se permettre aucun contrôle ? Tous les motifs sont donc légitimes, ou plutôt il n'y a pas de motif, le refus est arbitraire. Cette jurisprudence n'a pas dépassé la première instance. La Cour de cassation a eu à se prononcer, une vingtaine d'années plus tard, dans une affaire de ce genre. Le casino est remis dans le droit commun, et l'état de monopole modifie sa liberté comme pour les autres commerçants ou industriels. Un sieur Bottone s'était vu refuser l'entrée du Casino de Nice. Le Tribunal de commerce, puis la Cour d'Aix <sup>(38)</sup> déterminent l'état de monopole dans lequel se trouve le casino, et les conséquences fâcheuses qu'une liberté absolue pourrait entraîner pour le public. Mais ils reconnaissent que dans certains cas un refus s'impose : « A coup sûr, dit l'arrêt d'Aix, les directeurs ne sont pas plus obligés de recevoir que de garder les gens qui risqueraient de compromettre le renom de leur établissement ou d'y introduire un élément de perturbation et de désordre. » L'intérêt et la bonne marche de son établissement font à la direction un devoir de refuser les personnes qui pourraient y porter atteinte. La Cour de cassation reconnaît qu'un grief personnel contre le client justifie un refus.

2. *Nature de ces motifs légitimes.* — Les motifs légitimes de refuser de contracter augmentent et se diversifient à mesure que l'on passe du contrat *intuitu materiæ* au

---

<sup>(37)</sup> D., 81. 2. 220.

<sup>(38)</sup> D., 96. 1. 449.

contrat *intuitu personæ*. Tant qu'une prestation matérielle ou pécuniaire est le seul objet du contrat, les motifs de ne pas contracter sont rares; mais dès qu'il se mêle au contrat une teinte personnelle, dès que la valeur du contrat varie avec la personnalité des participants, la conclusion du contrat se complique; des considérations plus délicates interviennent; aussi des motifs plus nombreux peuvent inciter un commerçant avisé à ne pas contracter avec tel individu. La jurisprudence ne force donc pas les titulaires de monopole à contracter dans tous les cas; elle autorise un choix, mais s'arroge le droit de le surveiller. « Ce droit, le commerçant l'exerce à ses risques et périls », dit la Cour d'Aix, dans l'affaire Bottone. Des cas étudiés, nous pouvons tirer une règle générale. Tous les motifs reconnus légitimes ont pour justification la protection de l'intérêt du commerçant; c'est le plus souvent l'utilité même de la profession : maintenir le bon renom d'une entreprise, assurer un voyage tranquille à ceux que l'on doit transporter, conserver à l'établissement que l'on exploite le genre de clientèle pour lequel il a été créé, tous intérêts honnêtes qu'il est nécessaire de protéger.

Un motif de ce genre exonérera le commerçant de toute responsabilité, mais encore faut-il qu'il en fasse la preuve. En effet, dans ce cas, la charge de la preuve est renversée. En règle générale, c'est le demandeur qui doit prouver, pour obtenir quelque chose, que son adversaire a commis une faute. Ici, au contraire, le défendeur est présumé responsable, c'est à lui de prouver l'existence d'un motif légitimant son refus <sup>(39)</sup>.

3. *Motifs illégitimes*. — Mais tous les motifs ne corres-

---

(39) Jossierand, *De l'esprit des droits*, p. 121.

pondent pas à cette qualité. Ils peuvent être, par exemple, simplement malveillants. La jurisprudence, quand le refus du commerçant, de l'industriel, ne s'explique par aucun motif légitime du genre que nous venons d'étudier, explique l'acte par une intention de nuire. En effet, user d'un droit sans intérêt légitime ne s'explique que par une imprudence grave. Le plus souvent, c'est le désir de nuire qu'ils cachent. Ainsi ce voiturier qui a refusé de transporter un voyageur <sup>(40)</sup> : « son refus, dit le juge de paix, paraît dicté par une simple récrimination », et la note de Am. Boullanger insiste sur ce point. Dans une autre affaire de ce genre, la Cour de Bordeaux <sup>(41)</sup>, après avoir montré que le voiturier ne pouvait relever contre le voyageur aucun des motifs que nous avons étudiés, conclut : « son attitude, dès lors, vis-à-vis de lui, ne peut être le résultat que d'un caprice ou de son mauvais vouloir ». Dans l'affaire Botton, la Cour admet le droit de refus, mais, « tout droit comporte un abus; or, c'est abus d'user de ce droit dans un but de vexation ou de méchanceté ». C'est justement le cas. « La direction a usé de ~~ce~~ droit pour se livrer à un acte arbitraire, sans excuse, inspiré par le caprice ou la rancune. » La jurisprudence, en organisant tout le système de motifs légitimes ne cherche qu'à poursuivre la malveillance. Elle veut empêcher que la liberté du commerce et de l'industrie ne serve à nuire à autrui. La concurrence fait obstacle à de pareils desseins, mais celle-ci disparaissant, la clientèle est à la merci du monopoleur. C'est alors seulement que la jurisprudence intervient, non pas pour supprimer la liberté contractuelle, mais simple-

---

<sup>(40)</sup> S., 68. 1. 193.

<sup>(41)</sup> D., 81. 3. 84.

ment pour limiter et empêcher son abus. C'est l'application de la théorie de l'abus du droit.

2° *Fondement de ces restrictions.* — Mais comment justifier une telle condamnation ? Le préjudice ne suffit pas ; il faut la violation d'un droit. Ici, on ne peut dire que le titulaire du monopole a refusé contrairement au droit. La liberté, dont il profite légalement dans les autres cas n'est pas supprimée en cas de monopole. A quel texte, à quel principe général la jurisprudence va-t-elle devoir faire appel pour appuyer sa théorie ?

Nous avons vu que dans la plupart des monopoles de droit, le cahier des charges défendait au concessionnaire de refuser de contracter. La condamnation est donc justifiée par la violation de cet engagement pris au moment de la concession.

α. *Clause sous-entendue tirée du fait de la concession.* — Mais cette clause peut être omise. La jurisprudence, se fondant sur la nature et sur le but de la concession, va interpréter la volonté du concédant, la supposer et appuyer la condamnation du monopoleur sur cette obligation, non formulée par écrit, mais qui découle des faits. Il est curieux, sans y attacher une grande valeur juridique, de reproduire un passage d'un jugement de commerce de Périgueux <sup>(42)</sup>, qui répond à cette préoccupation ; un voiturier a refusé d'embarquer un voyageur. « Bien que le décret portant règlement de la police du roulage et des messageries publiques ne dise pas que le messagiste sera tenu de recevoir dans sa voiture, si elle n'est pas au complet, un voyageur se présentant dans des conditions convenables, il n'en est pas moins indiqué par le *bon sens* et la

---

(42) D., 81. 3. 84.

*raison* que c'est là une des obligations spéciales qui lui incombent. » Avec une certaine hardiesse, ce jugement reconnaît que la loi est muette, mais le bon sens et la raison lui suppléent. La Cour de Bordeaux, en confirmant le jugement, sans d'ailleurs relever une pareille affirmation, la fit sienne. Plus juridique, le jugement de Nice dans l'affaire Bottone déduit de la nature du contrat de concession l'impossibilité de refuser un client. Quel est le but de cet établissement? L'utilité générale — fournir un lieu de distraction aux étrangers, les attirer à Nice, développer la prospérité générale. Il faut donc que le casino prospère, et comme la ville s'interdit, pendant quatre-vingts ans, de laisser installer tous établissements similaires, le casino est unique. La société profite donc d'un monopole pour réaliser un but d'intérêt général; très logiquement, le tribunal conclut qu'elle ne peut refuser quelqu'un *ad libitum*. La Cour d'Aix insiste sur l'absence de concurrence, effleure le but de cet établissement, la direction « est moralement tenue aux plus grands égards envers les habitants de la cité dont les locaux qu'elle exploite portent l'estampille ». « Moralement tenue » indique une obligation qui, si elle n'est pas inscrite dans le traité de concession, s'y trouve intentionnellement incluse, en découle. La Cour de cassation reprend la même théorie : « Le concessionnaire d'un casino créé dans l'intérêt général, sur le terrain communal, et avec subvention, par une ville qui s'interdit de fonder des établissements analogues, n'a pas le droit d'en défendre l'entrée à qui bon lui semble. » Tous les mots employés concourent à justifier l'obligation du casino : *concessionnaire, intérêt général, terrain communal, subvention*.

β. *Abus du droit*. — Mais que fera la jurisprudence

quand le monopole ne provient pas d'une concession ? Par le jeu des forces économiques, un commerçant se trouve devenu seul; il peut n'en pas être responsable. Comment lui retirer le bénéfice de cette liberté du commerce ? La jurisprudence déclare tout d'abord que celle-ci n'est pas absolue; cela n'est dans aucune loi. Ainsi, dans l'affaire Bouvet, ce voiturier qui refusa de transporter un voyageur de Morleau à Pontarlier. Le juge de paix fonde sa condamnation sur l'article 1382. Le pourvoi en cassation se sert, entre autres choses, de la violation de cet article. La Cour répond que le juge en a fait une juste application, mais ce n'est qu'une décision d'espèce. Le juge de paix et le tribunal confirmant invoquaient, outre l'état de monopole, l'état d'offre. Plusieurs moyens de droit soutenaient la condamnation; la Cour de cassation s'est gardée d'en préférer un. Ne doit-on pas dans ce cas voir la première manifestation de la théorie de l'abus du droit ? Le commentateur, Am. Boullanger, l'annonce véritablement : « L'entrepreneur avait agi sans motif légitime et son refus ne procédait que d'un mauvais vouloir contre la personne du voyageur. Or, en cette matière, le caractère et les raisons du refus opposé au voyageur paraissent devoir être nécessairement d'un grand poids dans la balance, quelle que soit d'ailleurs l'étendue du droit reconnu au voiturier. » C'est la théorie de l'abus du droit avant qu'elle soit édifiée. L'usage d'un droit ne doit pas être absolu. La loi en protège l'exercice quand il est conforme à son but, mais si l'on en fait un usage dans un but anormal, entre autres celui de nuire, la loi ne doit pas se faire complice de cette mauvaise action. Le droit de ne pas contracter, expression de la liberté contractuelle, assure le développement de la personnalité dans le domaine juridique et protège les inté-

rêts de son titulaire; il ne doit pas servir à satisfaire la malveillance.

Tel est l'esprit de la jurisprudence : respectueuse de cette liberté contractuelle, elle ne poursuit cette intention de nuire que lorsqu'elle a des conséquences préjudiciables en l'absence de concurrence.

Nous allons considérer maintenant l'hypothèse dans laquelle elle porte atteinte, pour les mêmes raisons, à la liberté contractuelle, même en l'absence de monopole.

b) RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DES EMPLOYEURS. — Il s'agit des rapports entre patrons et ouvriers. Comme les autres rapports contractuels, ces relations sont dominées par la liberté des contrats. Les ouvriers refusent des embauches chez tel patron, tel patron refuse d'embaucher les ouvriers qui se présentent. L'usage de cette liberté peut avoir, bien entendu, des conséquences fâcheuses pour les refusés, ouvriers plutôt que patrons. Mais l'existence de la concurrence est un remède efficace; l'ouvrier refusé trouvera du travail chez un autre patron, d'autant que la classe ouvrière se déplace facilement. Aussi la jurisprudence ne devrait, semble-t-il, s'occuper d'un refus d'embauchage, comme pour le commerce, que dans l'hypothèse de monopole.

En effet, quand le patron est unique ou quand les employeurs sont coalisés, un refus peut avoir pour l'ouvrier des conséquences des plus graves, puisqu'il ne pourra s'employer ailleurs; c'est le forcer à changer de spécialité ou à mourir de faim. Une intervention de la justice est alors indispensable. Ainsi un jugement du Tribunal de la Seine <sup>(43)</sup> reconnaît qu'un refus d'embauchage peut entraîner

---

(43) *Gaz. Pal.*, 23. 1. 46.

ner la responsabilité de ses auteurs lorsque les patrons se sont coalisés. Si, dans cette espèce, ils ne sont pas condamnés, c'est parce que les motifs invoqués n'ont pas été établis.

En dehors de ces cas, la jurisprudence devrait, semblait-il, s'abstenir de tout contrôle; la concurrence atténue les effets d'un refus d'embauchage, même s'il est malveillant. Tout devrait se passer comme en matière commerciale ou industrielle. Mais les rapports des patrons et des ouvriers sont un sujet brûlant. La moindre vexation prend des proportions considérables. L'ouvrier refusé, même s'il peut s'adresser à côté, se croit atteint dans sa dignité. Le refus le touche, et avec lui toute la classe ouvrière, si la raison qui l'a provoqué est un état auquel les ouvriers tiennent beaucoup, et qu'ils considèrent comme leur principale protection, l'état de syndiqué. Les patrons qui ont eu à souffrir des syndicats essaient parfois de les frapper en refusant les ouvriers qui en font partie, afin de vider lesdits syndicats de leurs membres; ou plus simplement, connaissant la mentalité de beaucoup de syndiqués, ils veulent les empêcher d'entrer dans leurs usines. Les syndicats, forts de leurs droits et des faveurs des pouvoirs publics, ont vu là une atteinte à leur existence, et ont attaqué les patrons coupables de ne pas accepter leurs membres. C'est le phénomène de la syndicalisation des actions <sup>(44)</sup>. Il ne s'agit donc plus d'une question de monopole et de préjudice matériel <sup>(45)</sup>; il s'agit de savoir si la liberté contractuelle doit céder devant les syndicats, si le droit de ne pas contracter peut ou non s'exercer à l'égard des syndiqués, si la qua-

---

<sup>(44)</sup> Demogue, *Notions fondamentales*, p. 182-190.

<sup>(45)</sup> Morel, *Refus de contracter*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1908, p. 296.

lité de syndiqué peut être invoquée par le patron comme un motif légitime de renvoi.

1° *Absence de loi*. — Il n'y a pas de loi sur la matière; la loi de 1884 est muette sur la question; nous avons vu pourtant que deux projets de loi, l'un de 1890, l'autre de 1899, avaient envisagé la question et l'avaient résolue en supprimant la liberté contractuelle; ils n'ont pas abouti, mais ils sont la manifestation de l'état d'esprit régnant dans les milieux politiques. La jurisprudence n'y a pas échappé, et, mise au pied du mur, a voulu, de cette velléité législative, faire une réalité.

2° *La jurisprudence*. — Deux tendances se sont manifestées : l'une stricte, l'autre libérale; c'est cette dernière qui a triomphé.

α. *Tendance stricte*. — La première est représentée par deux jugements <sup>(46)</sup>, l'un du Tribunal de commerce d'Épernay, l'autre du Tribunal civil de Lille, qui ont eu les honneurs d'une note approbative de M. Josserand. Ils ont, pour ainsi dire, appliqué le projet Waldeck-Rousseau : refuser d'embaucher des ouvriers syndiqués est un délit civil. Dans un cas, c'est un directeur de brasserie lyrique qui refuse systématiquement d'embaucher des artistes syndiqués; dans l'autre, ce sont des directeurs d'imprimerie qui ne veulent pas accepter des ouvriers appartenant à un syndicat. Le Tribunal de Lille reconnaît formellement l'absence de disposition législative en la matière : « Rien, en l'état actuel de la législation, ne s'oppose à ce qu'un patron choisisse librement les ouvriers nécessaires à l'exploitation de son industrie », et le Tribunal de commerce d'Épernay proclame l'entière liberté contractuelle des patrons.

---

(46) D., 08. 2. 73 et 76.

Mais ce rappel aux principes traditionnels une fois évoqué, les jugements s'efforcent de le tourner habilement. « Refuser, dit Epernay, de prendre un employé, un ouvrier, ou d'engager un artiste, sans examen, et sous le seul prétexte qu'il fait partie d'un syndicat, constitue non plus l'exercice naturel et normal d'un droit, mais un véritable abus engendrant une faute réelle. » Il convient, dit le jugement de Lille, « de distinguer l'usage normal du droit et son usage abusif. Là où apparaît l'abus, cesse le droit. » Refuser un ouvrier pour le seul motif qu'il est syndiqué, « c'est excéder son droit », ajoute-t-il. En agissant ainsi, les patrons n'étaient donc plus dans leur droit. L'abus dont parle le jugement d'Epernay engendre une faute réelle; or, une faute c'est une atteinte portée au droit d'autrui. Qu'est-ce à dire? au nom de quel principe ou de quelle loi les juges restreignent-ils le droit des patrons de refuser de contracter? Ils veulent tout simplement défendre la loi de 1884. Les patrons, dit le jugement d'Epernay, menacent gravement la formation et l'existence même des syndicats ouvriers. « Il faut, dit-il, jouant au tribunal répressif, réprimer un tel fait, contraire à l'ordre public. » Le jugement de Lille condamne les patrons imprimeurs parce qu'ils ont, en entravant le syndicat dans son fonctionnement légal, commis une faute soumise à la sanction de l'article 1382. Les deux tribunaux ont donc créé un délit civil, celui que prévoyait le projet Waldeck-Rousseau. Cette jurisprudence hardie, et vraiment prétorienne, trouve l'approbation de M. Josserand, et c'est pourquoi nous avons cru bon de l'étudier. Dans la note qu'il lui consacre, il développe l'idée de protection de l'institution syndicale. L'ouvrier use d'un droit absolu en adhérant à un syndicat; or, l'exercice de ce droit ne pouvant lui fermer l'accès

des ateliers, il y a faute de la part du patron à le refuser sous ce prétexte. Cette théorie aboutit tout simplement à supprimer la liberté des patrons vis-à-vis des ouvriers syndiqués. Les syndicats doivent être protégés, mais tout ne doit pas céder devant eux. C'est un droit d'être paresseux, et cependant le patron peut ne pas accepter un ouvrier qui use de ce droit. La jurisprudence commet un véritable excès de pouvoir. Malgré la haute autorité de M. Josserand, cette tendance ne s'est pas développée, la Cour de cassation ne l'a point faite sienne, ni aucune Cour d'appel.

β. *Tendance libérale.* — Par deux arrêts <sup>(47)</sup>, dont le dernier surtout a la valeur d'un arrêt de principe, la Cour suprême a consacré un système beaucoup plus souple. Le patron n'est pas coupable du seul fait qu'il a refusé des ouvriers syndiqués; il conserve son droit de ne pas contracter, mais ce droit, il ne peut en user dans un but malveillant. C'est la restriction que la jurisprudence apporte en matière de monopole, en application de la théorie de l'abus du droit. Aussi reconnaît-elle toute une série de motifs légitimes qui permettent aux patrons de refuser des syndiqués.

*Refus légitime.* — De même qu'ils peuvent refuser un ouvrier paresseux ou infirme, parce qu'il porterait atteinte à leurs intérêts matériels, ils ont la faculté de repousser un ouvrier syndiqué si cette qualité de syndiqué risque d'entraîner pour leur industrie ou leur établissement un préjudice matériel. Refuser un syndiqué devient, dans ce cas, un devoir professionnel. Le Casino de Nice refuse d'embaucher des artistes syndiqués, la Cour d'Aix « admet

---

<sup>(47)</sup> D., 06. 1. 113; D., 16. 1. 25-26.

<sup>(48)</sup> D., 11. 2. 385.

que ce refus est légitime; en effet, les concerts constituant un élément indispensable du Casino, il faut à tout prix éviter qu'ils ne cessent. Le directeur a donc pour devoir de se prémunir contre l'éventualité d'une grève de ses musiciens, qu'il aurait toujours à redouter, si, au lieu d'être subordonnée à l'entente préalable entre volontés individuelles et intérêts distincts et souvent opposés, cette éventualité dépendait uniquement de l'arbitraire d'un syndicat ». Se prémunir contre une grève en refusant des employés syndiqués répond donc à un intérêt légitime; le patron a le droit de se protéger, de ne pas contracter. Dans le jugement de Lille précédemment étudié, les patrons présentaient pour leur défense que les ouvriers syndiqués s'étaient précédemment mis en grève. Cela aurait pu peut-être suffire pour autoriser le refus. Mais le Tribunal, dans sa théorie extrême, trouva que ce prétexte n'avait pas de valeur : la grève n'est pas un agissement malicieux, puisqu'elle est un droit.

*Refus illégitime.* — Seul, le refus inspiré par la malveillance devient répréhensible. L'arrêt d'Aix dit notamment, après avoir posé le principe de la liberté contractuelle : « Cette règle ne peut fléchir que si, sous les apparences de l'exercice d'un droit, les exigences de l'employeur dissimulent l'intention malveillante de porter atteinte à la liberté syndicale et d'entraver l'exercice de droits reconnus par la loi. » La Cour de cassation — Chambre civile — renforce ce point de vue. L'arrêt <sup>(49)</sup> rendu sur le pourvoi contre la décision d'Aix dit en effet que « refuser d'embaucher un ouvrier syndiqué ne serait contraire à la loi qu'autant que ce refus aurait pour mobile, non le souci exclusif des

---

(49) D., 16. 1. 25.

intérêts professionnels de l'employeur, mais une pensée d'hostilité contre le syndicat, ou le désir d'entraver son fonctionnement ». Mais comment déterminer le caractère malveillant de ce refus ? Tout droit nuit à autrui ; celui qui en use ne l'ignore pas. Le patron, en refusant un ouvrier incapable ou infirme, peut lui causer un grave préjudice, il le sait ; or, à quel moment l'exercice du droit devient-il l'expression de la malveillance ? Un droit sert un intérêt ; tant que l'exercice de ce droit présente un avantage quelconque, il est légitime ; mais où cesse l'intérêt commence la malveillance. En effet, user de son droit, c'est-à-dire causer à autrui un dommage, sans aucun intérêt, se résout, à moins d'inconscience chez le sujet, à un désir de nuire, à une intention méchante ; à moins que, jouant sur les mots, on ne représente cette malveillance comme constituant un intérêt ; nuire à autrui peut en effet présenter un intérêt, mais un intérêt illégitime qui se confond avec l'absence d'intérêt. En résumé, on peut user de son droit tant que ce droit présente une utilité quelconque ; dès que cette utilité disparaît, l'usage en devient suspect, la malveillance est présumée. Ainsi, un jugement de Bordeaux <sup>(50)</sup>, qui condamne un patron pour refus d'embauchage, reconnaît que l'usage de la liberté contractuelle « ne peut être contesté quand il s'agit, pour le patron, de sauvegarder un intérêt ; on doit le dénier quand, l'intérêt du patron n'étant pas en jeu, il s'agit simplement de nuire au syndicat ».

On peut dire, en résumé, que lorsqu'un patron refuse d'embaucher des ouvriers syndiqués et qu'aucun motif professionnel n'appuie ce refus, il agit avec intention malveillante à l'égard des ouvriers ou du syndicat. Mais la preuve

---

<sup>(50)</sup> D., 06. 1. 113.

de cette absence d'intérêt doit être faite par le syndicat demandeur. Elle sera très difficile à administrer. Dans la première jurisprudence, au contraire, il suffisait de prouver le refus et la qualité de syndiqué pour que le patron fût responsable. Cette jurisprudence est donc de toutes façons beaucoup plus libérale, et ne touche à la liberté contractuelle qu'avec précaution. Raisonnablement, en l'absence de loi, elle ne peut faire plus.

Quand le patron a refusé à tort d'embaucher un ouvrier syndiqué, il est responsable; mais dans quelle mesure? M. Morel dit que l'indemnité ne sera que de l'intérêt négatif, car il prend comme point de départ de la responsabilité les avances faites par celui qui finalement refuse. Donc, le patron répond du préjudice causé. Il est difficile à déterminer : l'ouvrier, en effet, aura sans doute trouvé une place chez un concurrent ; il n'aura subi un dommage réel que s'il lui a manqué une place de ce fait. Les tribunaux prendront comme base la probabilité morale d'embauchage et fixeront ce que l'ouvrier aurait gagné de plus à être chez tel patron que là où il travaille effectivement. Mais, le plus souvent, ce n'est pas l'ouvrier qui agit, mais le syndicat; il s'agit alors d'un dommage purement moral. La condamnation est donc de pur principe. Elle revêt un caractère de peine et d'avertissement <sup>(51)</sup>.

Que la jurisprudence restreigne la liberté du commerçant, de l'industriel, ou de l'employeur, elle agit par voie de défense, elle puise son autorité dans la nécessité de protéger l'intérêt général.

---

(51) Demogue, *Oblig.*, II, p. 198; *Notions fondamentales*, p. 190-192.

B. — RESTRICTIONS DANS UN INTÉRÊT PRIVÉ.

Dans le chapitre que nous abordons, au contraire, elle limite la liberté contractuelle pour éviter un préjudice à une personne déterminée; elle s'appuie alors non pas sur les nécessités de l'ordre public, mais sur la volonté même de l'auteur du refus. Bien que non juridique, la volonté qu'il a émise l'engage partiellement à contracter.

Il est nécessaire, pour l'étude de la responsabilité dite précontractuelle, de se placer avant le contrat, et même avant l'offre.

a) RUPTURE DE NÉGOCIATIONS. — Car un contrat ne naît pas ainsi subitement. Avant l'offre qui le crée, se situe toute une série de pourparlers. Le début est une offre très vague, ou plutôt une proposition d'entrer en pourparlers. A partir de ce moment, les parties échangent leurs intentions; c'est une série d'offres et d'acceptations ou de refus successifs; peu à peu, le futur contrat se forme et se dessine. Une sorte d'arrêt se produit alors; les parties se recueillent et celle qui a entamé les négociations — ou l'autre — prépare un projet définitif composé des éléments des négociations. Enfin, elle communique cette proposition à l'autre partie : c'est l'offre définitive, dont nous avons étudié les effets juridiques. De ces manifestations de volonté partielle, la jurisprudence, dans certains cas, veut tirer des effets de droit. Elle est guidée par le souci de réparer un préjudice.

Ces négociations ont pu se borner à de simples échanges de projets; la rupture n'entraîne donc que la disparition d'une espérance. Mais des actes matériels ont pu accompagner ces négociations. En vue du contrat futur, l'une des parties prend des dispositions, son partenaire rompt. Elle

va donc subir un préjudice positif, représenté par les frais qu'elle a engagés et qui désormais constituent des dépenses inutiles. Si les actes résultent d'une imprudence hâtive, leur auteur n'a qu'à s'en repentir. Mais ils ont pu, au contraire, s'appuyer sur une espérance solide. L'auteur de la rupture, par ses affirmations, par ses promesses, par son attitude générale, a pu donner à son partenaire le ferme espoir que le contrat se réaliserait. Il rompt. Ne doit-il pas être responsable des frais que son attitude a causés à celui qu'il abandonne? En droit strict, ce n'est pas possible; il n'a consenti ni un contrat, ni même une offre, tout s'est passé en dehors du Droit, aucune obligation valable ne peut exister contre lui <sup>(52)</sup>. Cependant, la jurisprudence et la doctrine <sup>(53)</sup> se sont émues. Cette situation est particulièrement inique quand la rupture est arbitraire; il y a une malveillance qui doit être poursuivie, et la jurisprudence commence à s'y employer. Mais des conditions strictes sont indispensables; il faut que ces négociations aient créé entre les partenaires sinon un état de droit, du moins un état de bonne foi qui impose à chacun une obligation morale; il faut que la rupture constitue une violation de cette obligation; il faut enfin que les dépenses engagées par la victime de cette rupture revêtent certains caractères.

*Conditions d'application de cette responsabilité. — 1° Existence de rapports de bonne foi entre les parties. —* Le fait d'entrer en pourparlers ne laisse plus indemne la situation des parties. Dès le début se crée entre elles une sorte de lien, qui, sans être contractuel, en a les traits atténués; il y a un échange de propositions; l'un accepte ce que pro-

---

<sup>(52)</sup> Demogue, *Oblig.*, t. II, n° 554.

<sup>(53)</sup> Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 718.

pose l'autre; à son tour, celui-ci réplique. De plus, le fait de continuer les négociations implique l'acceptation de ce que l'on a précédemment discuté; il y a ainsi un consentement continu à l'élaboration progressive du futur contrat <sup>(54)</sup>. La situation n'est plus entière entre les parties. Il n'existe pas encore de droits acquis au profit de l'une ou de l'autre, mais un lien moral, un lien de confiance. De celui-ci résulte une obligation d'un caractère spécial. Avec les étrangers, nous sommes déjà obligés de nous comporter avec prudence; nous devons respecter leurs droits, ne pas leur nuire sans raison valable. Cette obligation devient plus stricte entre deux personnes entrées en rapport d'affaires : il faut non seulement éviter de porter atteinte au droit de l'autre, mais aussi ne pas rompre cette ambiance; il faut se comporter selon l'équité et la bonne foi <sup>(55)</sup>. La responsabilité est donc, ici, plus stricte que la responsabilité délictuelle de l'article 1382. D'ailleurs, cet article ne saurait s'appliquer, puisqu'il n'y a là en réalité, violation d'aucun droit. C'est une responsabilité d'un genre spécial, dont il est assez difficile de distinguer l'origine. Les pourparlers constituent-ils entre les parties une sorte de convention larvée ? mais les parties, en entrant en relations, ne veulent, pour l'heure, s'engager à rien. Cette responsabilité est plus imposée que voulue. La jurisprudence s'appuie sur la volonté pour la justifier.

2° *Rupture illégitime*. — Dans quelle mesure l'obligation qui résulte de cette situation spéciale entre les négociateurs réduit-elle leur liberté de ne pas contracter ? Dans quelle mesure les parties peuvent-elles rompre les négocia-

---

<sup>(54)</sup> Demogue, *Oblig.*, II, n° 554; Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, p. 718.

<sup>(55)</sup> Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 718.

ciations? <sup>(56)</sup>. Le lien de bonne foi ne doit, en aucune façon, porter atteinte à l'intérêt des parties en cause; c'est une sorte de restriction tacite qui domine leurs pourparlers. Par exemple, au cours des pourparlers, l'une d'elles s'aperçoit qu'elle s'est trompée, que le contrat futur ne lui rapportera pas ce qu'elle espérait; une proposition plus avantageuse lui est offerte, elle peut se retirer sans hésiter. Il y va de son intérêt matériel. Mais si l'autre partenaire, averti de la proposition, consent à élever ses offres au taux de celle-ci, l'intérêt matériel que pouvait offrir la rupture disparaît. Si le tiers intervenant présente plus de surface, plus de garanties, le refus de continuer les négociations pour ce motif n'est alors inspiré que par des raisons personnelles. Or, étant donné les rapports qui se sont établis entre les parties, une question personnelle peut-elle justifier un refus de continuer les négociations? En les commençant, on a, par là même, accepté la personne de son partenaire. A moins que des renseignements nouveaux ne soient venus modifier l'opinion première que l'on avait de son partenaire, la situation n'est plus entière et l'engagement tacite, de ce fait, se trouve rompu. Sinon, la bonne foi exige que l'on ne revienne pas sur la chose que l'on a faite librement. Il faut donc conclure que l'on ne peut rompre des négociations pour une simple raison de personne.

D'autre part, la légèreté d'esprit, l'instabilité, le caprice, peuvent jouer un rôle : quelqu'un entame des négociations à la légère, à l'étourdie; il les rompt de même. Si aucun intérêt n'inspire cette rupture, ce peut être le désir de nuire au partenaire, ou simplement de le mettre dans l'embarras. C'est l'hypothèse la plus répréhensible, et celle dans

---

<sup>(56)</sup> Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 718.

laquelle la responsabilité est la plus justifiée, car « *malitiis non est indulgentum* ». L'appréciation ne peut être faite que par les tribunaux, qui détermineront le caractère de l'intérêt qui a provoqué la rupture, ou découvriront son absence. Cette tâche se trouve compliquée si son auteur, voulant dissimuler sa mauvaise foi, émet des prétentions excessives afin de laisser croire à une rupture fondée sur un intérêt. Il faudra que la justice démêle ces intentions et parvienne à découvrir la malveillance, sous l'apparence d'une rupture correcte; ce n'est pas autre chose que l'application de l'abus du droit.

3° *Caractéristiques du préjudice.* — La culpabilité de l'auteur de la rupture une fois établie ne suffit pas à le rendre responsable du préjudice qui en résulte pour le partenaire. Ce préjudice doit revêtir certains caractères. Le préjudice actuel seul peut être pris en considération; des espérances perdues ne peuvent entrer en ligne de compte. Les dépenses réellement faites peuvent seules faire l'objet d'une réparation. Il faut, de plus, qu'elles soient la suite logique des négociations; celles-ci ont un but : conclure un contrat défini. Si les préparatifs engagés ne représentent pas, de près ou de loin, la préparation de ce contrat, ou s'ils ont un caractère nettement excessif, ils ne peuvent être mis à la charge de l'auteur de la rupture, qui ne doit pas souffrir du manque d'équilibre ou de la trop vive imagination de son partenaire. D'autre part, ces dépenses peuvent ne pas demeurer inutiles; elles peuvent, malgré la fin des négociations, servir, en partie ou en totalité; dans ce cas, il n'y a pas d'atteinte portée au patrimoine. La partie repoussée ne doit pas profiter de la rupture pour se faire rembourser des dépenses qui ont gardé pour elle une utilité. Ces dépenses doivent, en outre, n'avoir pas pour cause

l'imprudence de leur auteur. Sur la foi de vagues indices, ou même avant tous pourparlers, quelqu'un a effectué des préparatifs dans l'espoir d'un contrat. Si des négociations s'engagent ensuite puis se rompent, on ne peut rendre celui qui se retire responsable de préparatifs qui ont été faits en dehors de lui. Sa responsabilité est dégagée au même titre s'il a, d'une manière expresse ou tacite, mais suffisamment compréhensible, averti son partenaire qu'il réalisait des préparatifs de trop d'ampleur ou imprudents. Il faut, en un mot, que les dépenses aient été engagées sur la foi d'une manifestation de volonté de sa part. Les négociations sont des échanges d'offres et d'acceptations ou de refus; au cours de ces entretiens — oraux ou écrits — chaque partie est à même de savoir ce que fait l'autre; son silence est une sorte d'approbation tacite, et la continuation des négociations une approbation plus nette; c'est un encouragement à continuer dans cette voie. L'invitation à se préparer au contrat, ou tout au moins l'affirmation que plus rien ne s'oppose à sa conclusion, constitue alors une approbation formelle. En un mot, il faut et il suffit que les préparatifs aient été réalisés à la suite d'une manifestation de volonté de l'auteur de la rupture, manifestation capable d'entraîner chez le partenaire la certitude, tout au moins la ferme espérance de voir le contrat se conclure. Nous terminerons sur ces lignes de Windscheid : « Quiconque, par une déclaration de volonté, fait qu'un autre a pu avoir confiance dans l'existence d'un contrat qu'il ne dépend plus de lui de réaliser, doit l'indemniser, — lorsque par son fait, il empêche le contrat de se former, — des suites dommageables que cette confiance a entraînées pour lui. » <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civil*, 1907, p. 703.

Telle est la théorie que certains juristes modernes — parmi lesquels Faggella — ont bâtie; M. Saleilles l'a reprise et analysée <sup>(58)</sup>. Elle est toute nouvelle et encore timide. Etablie dans un but d'équité et de moralité, pour empêcher certaines gens de se jouer d'autrui par des promesses et des pourparlers fallacieux, elle porte atteinte à la liberté contractuelle. Un juste équilibre entre les nécessités de l'équité et les principes juridiques doit être observé; nul doute que la jurisprudence ne parvienne à le réaliser et à adapter aux faits cette théorie nouvelle. N'a-t-elle pas déjà fait un grand pas dans ce sens quand elle a créé la responsabilité dans le cas de rupture de fiançailles ?

b) RUPTURE DE FIANÇAILLES. — Le mariage est un contrat dont la préparation est généralement très laborieuse. Il a ses préliminaires, et la gravité et l'importance qu'il revêt pour les parties et leur famille lui donnent une durée et une multiplicité particulière. Le consentement des époux n'est que l'aboutissement d'une longue série de promesses, de tractations, de cérémonies et de préparatifs mondains : fiançailles, cadeaux, présentations, projets, discussions d'intérêt. Au cours de tels préparatifs, des frais sont forcément engagés.

*Existence d'un préjudice.* — Une rupture peut donc occasionner un préjudice réel à la partie repoussée, sans parler du préjudice moral, qui, insignifiant le plus souvent dans les autres contrats, peut être ici considérable.

*Le Droit.* — Aucun acte juridique n'a eu lieu entre les futurs époux, ni contrat ni offre <sup>(59)</sup>. Il n'y a que des mani-

---

<sup>(58)</sup> Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 697.

<sup>(59)</sup> Leduc, *L'Avant-contrat*, p. 217.

festations dépourvues d'effets de Droit <sup>(60)</sup>. Il semble donc impossible de rendre l'auteur responsable. D'autant qu'une telle responsabilité porterait atteinte à la liberté contractuelle et, particulièrement, à la liberté du mariage, dont le Code a un soin spécial.

*La jurisprudence.* — Cependant la jurisprudence, aidée en cela par la doctrine, n'a pas hésité à entamer ce principe et à instituer une responsabilité à l'encontre de l'auteur de la rupture, et cela depuis plus d'un siècle. Jamais les tribunaux ne forcent directement ou indirectement un individu à se marier contre son gré. Ils se proposent simplement de réparer le préjudice subi par la partie délaissée; une réparation pécuniaire suffit. Mais le fait d'avoir subi un préjudice ne suffit pas à légitimer une demande en réparation. La jurisprudence exige toute une série de conditions. Il faut, tout d'abord, qu'il y ait eu entre les parties des rapports de fiançailles, des promesses échangées; il faut, en outre, que la rupture soit injustifiée; il faut, enfin, que les dépenses engagées par la partie abandonnée revêtent certains caractères.

#### I. — *Conditions d'application de cette responsabilité.*

1° *Existence de rapports de fiançailles.* — *a. Nature de ces rapports.* — Le contrat de fiançailles par lequel les futurs se promettaient l'un à l'autre est tombé en désuétude. La preuve y était indiscutable, l'engagement solennel. Actuellement, on considère que la promesse doit se déduire d'un ensemble de paroles ou de faits. Ainsi un homme promet par lettre à une jeune fille de l'épouser,

---

<sup>(60)</sup> Jossierand, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles*, D., H., 1927, p. 21.

confirmant ainsi une promesse verbale. Cette pratique est répandue dans les classes populaires et sert, le plus souvent, à séduire une jeune fille un peu hésitante. S'il s'agit d'un milieu plus élevé, la promesse de mariage réciproque se déduira de la démarche faite par le père ou la mère du jeune homme, de l'acceptation des parents de la jeune fille, du dîner de fiançailles (véritable engagement *inter pocula*), des visites du fiancé, enfin des faire-part, des publications et de l'acte ultime qui est la signature du contrat. Tout cela prouve évidemment qu'il y a eu promesse; et celle-ci se confirme de plus en plus à mesure que la date fixée approche, et que l'acte annonce une intention plus précise. L'envoi des invitations pour la cérémonie est plus grave que le repas de fiançailles, la signature du contrat plus grave encore que l'envoi des invitations.

β. *Qualités qu'ils doivent revêtir.* — Il faut, nécessairement, que ces paroles ou ces actes revêtent une certaine solidité. Il faut encore que la partie à qui ces actes s'adressent y ait accordé confiance; ceci dépend de son esprit et de sa situation sociale.

*Solidité.* — Ainsi un certain Pocro prend pension pendant plusieurs mois chez une dame D... Il fait la connaissance de sa fille, et les jeunes gens se promettent mariage. Proco part et oublie. La jeune fille cherche à le revoir; il la reçoit mal, mais sur son instance, de mauvaise grâce, il fait cependant procéder aux publications. Le mariage ne se réalise pas. Or, la jeune fille avait fait des dépenses, elle demandait réparation. Le tribunal <sup>(61)</sup> estima qu'elle avait commis une imprudence : l'attitude du jeune homme n'était pas suffisamment ferme; elle rendait problématique

---

(61) D., 95. 2. 35.

l'union souhaitée. Pour être sérieuse, en effet, la promesse ne doit pas être glissée une fois par hasard au cours d'une correspondance. Car, dit un arrêt de Cour d'appel <sup>(62)</sup> « des promesses vagues rentrent dans la phraséologie habituelle aux correspondances de cette nature. La promesse n'est vraiment solide que si elle est formulée en termes précis, répétée à diverses reprises, que si elle apparaît comme l'expression d'une volonté réfléchie et arrêtée ».

*Crédibilité.* — L'élément le plus important, c'est l'effet produit sur l'esprit de l'autre partie. Cela dépend, évidemment, et de l'auteur de la promesse, et de son destinataire. Ainsi, un homme marié promet le mariage à une époque où le divorce n'existe pas encore. La Cour d'Amiens <sup>(63)</sup> estime que « la situation d'homme marié et de père de famille était un avertissement pour la jeune fille (abandonnée d'ailleurs par la suite) : elle ne pouvait croire à la réalisation de cette promesse ». Un cas analogue a été jugé par la Cour de Douai, qui s'est prononcée dans le même sens à une époque où le divorce existait, mais était encore fort peu répandu. Un jeune homme promet mariage à une jeune fille pour la séduire, et l'abandonne. Elle ne peut, dit le tribunal <sup>(63)</sup>, invoquer cette promesse à l'appui de sa demande en réparation, car elle savait que son amant, en raison de son âge, ne pouvait se marier sans le consentement de ses parents, et que ces derniers refusaient formellement ce consentement.

L'âge et la situation sociale de la jeune fille qui reçoit la promesse constituent aussi un élément important. Ainsi un officier promet le mariage à une jeune fille du peuple;

---

<sup>(62)</sup> D., 82. 2. 118.

<sup>(63)</sup> D., 05. 5. 36.

la Cour de Gand <sup>(64)</sup> décide que « Eu égard à la condition sociale des parties et la position de fortune du promettant, il n'est guère admissible que la demanderesse ait pu considérer comme sérieuse la prétendue promesse dont elle veut faire état ». Un jeune homme de 23 ans, de bonne famille, promet le mariage à une veuve de 31 ans, mère de famille, de condition modeste. Le tribunal estime <sup>(65)</sup> qu'il est inadmissible que cette femme ait cru à la promesse de mariage faite par ce jeune homme, dont l'expérience est loin d'égaler la sienne; en présence de cette énorme disproportion d'âge, de la distance de condition sociale, elle n'a pu croire sérieusement à la possibilité d'un mariage. Mais, par contre, des paroles vagues, prononcées par un homme de 38 ans, habile dans l'art de la dissimulation, ont pu fort bien impressionner une jeune fille de 17 ans et déterminer chez elle la croyance à un mariage (Cour de Grenoble) <sup>(66)</sup>. En résumé, la solidité de cette promesse, l'effet qu'elle a pu produire sur l'esprit de la jeune fille, dépendent en grande partie du milieu. Des lettres échangées ou de simples paroles prononcées au coin d'une rue peuvent faire impression sur une fille du peuple d'esprit romanesque. Mais il est inadmissible qu'une jeune fille du monde, où le mariage s'entoure de nombreuses formalités préliminaires puisse se laisser persuader aussi facilement.

2° *Rupture injustifiée.* — Admettons que la promesse ait été sérieuse, et les faits non douteux; il existe entre les deux parties un état de fiançailles. La rupture survient. Si elle provient *domituo consensu*, la question ne se pose évidemment pas. Mais si l'une des parties rompt contre la

---

<sup>(64)</sup> D., 84. 2. 136.

<sup>(65)</sup> D., 77. 3. 64.

<sup>(66)</sup> D., 65. 2. 21.

volonté de l'autre, comment et quand pourra-t-on dire qu'il y a rupture légitime? Car l'inexécution n'est pas toujours fautive. La plupart des décisions de justice qui condamnent déclarent qu'il n'y avait aucune juste cause à la rupture et s'efforcent de le démontrer. On en conclut qu'il existe certaines causes qui peuvent justifier une rupture : par exemple que le futur a découvert l'inconduite de sa fiancée; qu'une incompatibilité de caractères, une question de fortune, l'opposition des parents <sup>(67)</sup>, la santé même, expliquent amplement cette rupture. C'est l'expression de la liberté du mariage. Les fiancés doivent profiter, jusqu'au dernier moment, d'une grande latitude pour se dérober à une union qui peut ne pas leur convenir. Par contre, la rupture n'est pas justifiée si la cause invoquée est, quoique réelle, trop tardive. Ainsi <sup>(68)</sup>, un père de famille reproche à son futur gendre d'avoir pris des intérêts dans une société de chemins de fer et lui refuse sa fille. Or, il était au courant de cet état de choses depuis plusieurs mois, et n'en avait jamais manifesté de mécontentement. Une différence de fortune peut expliquer une rupture, encore faut-il qu'elle ait été connue peu de temps avant la rupture. Le motif invoqué peut être insuffisant; ainsi la jurisprudence décide que, dans certains cas, la volonté des parents n'est pas une cause justificative, si l'intéressé est déjà d'un certain âge. Un concubinage qui dure depuis des années, malgré la promesse préalable et réitérée d'un mariage, est rompu par le futur sous la pression de sa famille. La Cour de Grenoble <sup>(69)</sup> estime que les raisons invoquées contre la jeune fille sont insuffisantes, et néglige l'intervention de la fa-

---

<sup>(67)</sup> D., 07. 2. 70.

<sup>(68)</sup> D., 76. 2. 236.

<sup>(69)</sup> D., 10. 2. 134.

mille. Le plus souvent, les décisions de justice constatent que les motifs invoqués sont notoirement insuffisants ou inexistants. Rien n'a pu être relevé contre l'autre partie. La rupture est due à un pur caprice, à une légèreté d'esprit impardonnable, sinon à une intention malveillante. Dans toutes ces hypothèses, la rupture n'est pas justifiée, et son auteur est pris en faute.

Cela n'est pourtant pas estimé suffisant pour qu'il supporte le préjudice que la rupture inconsidérée cause à l'autre partie. Ce préjudice doit revêtir certains caractères, que nous allons envisager.

3° *Caractéristiques du préjudice.* — La partie repoussée subit un double préjudice : un préjudice matériel reposant sur des frais actuels et par un manque à gagner, et un préjudice moral représenté par la déconsidération qui peut résulter de la rupture.

*a. Le préjudice matériel.* — 1. *Nature du préjudice envisagé.* — En cas d'inexécution d'un contrat, on distingue communément deux sortes de dommages : le dommage actuel et le dommage futur. Dans le cas de rupture d'un projet de mariage, rupture susceptible d'entraîner les mêmes dommages que l'inexécution d'un contrat, nous distinguerons : le *lucrum cessans*, qui représente les avantages que l'union pouvait susciter, et qui sont perdus, et le *damnum emergens*, qui est le préjudice actuellement causé, lequel se traduit, au moment de la rupture, par une diminution de patrimoine. Ce dernier seul est pris en considération. Le premier pourrait être le prix d'une odieuse spéculation; le mariage n'est pas un contrat d'argent; on ne doit donc pas se plaindre de la perte d'un espoir pécuniaire. D'autre part, nous ne sommes pas en matière contractuelle, et l'étendue de la responsabilité se trouve réduite.

Seul, donc, le préjudice actuel doit être pris en considération. Il résulte des préparatifs accomplis par la partie repoussée, préparatifs devenus inutiles par suite de la rupture et qui constituent un passif.

Les préparatifs de tout contrat peuvent se diviser en deux catégories : les uns ont pour but de préparer la passation du contrat, ce sont des actes préparatoires; les autres anticipent déjà sur l'exécution du contrat, c'est un commencement d'exécution.

Les fiançailles présentent des actes de ce genre, car les actes préparatoires sont particulièrement nombreux : il est d'usage d'accompagner ces contrats solennels de fêtes et de manifestations mondaines; une préparation minutieuse et dispendieuse est indispensable, qui devient inutile et vaine du moment que le contrat ne se réalise pas : cadeaux à la fiancée, envoi de fleurs, toutes choses prescrites par les usages; réceptions, toilettes, voyages des parents ou amis, toutes choses, celles-ci quasi obligatoires, sans parler de l'organisation de la cérémonie. Enfin l'établissement du contrat de mariage, qui entraîne des frais d'un ordre indispensable.

Il arrive, d'autre part, que certaines obligations du mariage soient exécutées dès avant la cérémonie : le mari doit loger sa femme; les fiancés vont donc acheter leur mobilier et, souvent, louer un appartement ou une maison. Si la future travaille, il se peut qu'elle ait renoncé à sa profession pour rendre l'union possible. Ajoutons un élément d'appréciation jugé important souvent et considéré comme « un commencement d'exécution » du mariage : les relations illicites que les fiancés peuvent avoir eues entre eux. La locution populaire les traduit parfaitement par : « ils ont pris de l'avance »; c'est l'exécution d'une des obliga-

tions du mariage avant la lettre. Plus des deux tiers des procès qui s'engagent à la suite de rupture de mariage s'appuient sur l'existence de relations illicites et sur le préjudice qui en résulte pour la partie abandonnée.

Mais il ne suffit pas que l'acte dommageable se rapporte à la préparation ou à l'exécution du mariage pour qu'il puisse faire l'objet d'une réparation; la jurisprudence exige, de plus, que l'acte soit la suite logique du projet de mariage; qu'il ait pour origine les affirmations du partenaire, et qu'il constitue un dommage.

2. *Qualités requises par les actes constitutifs de ce préjudice.* — *Suites logiques du projet de mariage : Actes préparatoires.* — La Cour d'Alger <sup>(70)</sup> considère que les dépenses provoquées par les cadeaux de bonbons, de fleurs, que le futur a cru devoir offrir à sa fiancée pour s'en faire bien venir, n'ont pas de lien direct et immédiat avec le projet de mariage. Ces cadeaux, dit une autre décision de justice, sont de la nature de ceux qu'en pareille occasion on offre par galanterie ou affection. La jurisprudence admet cependant la restitution des bijoux <sup>(71)</sup> ou le paiement d'une indemnité compensatrice, bien qu'ils rentrent dans la catégorie des bonbons et fleurs. Mais ils représentent des dépenses importantes et sont susceptibles de constituer entre les mains de l'auteur de la rupture une réelle valeur. Les bonbons et les fleurs se consomment par le premier usage et ne laissent qu'un souvenir sans valeur matérielle.

L'achat de toilettes rentre directement dans la préparation de la cérémonie. La Cour d'Alger, cependant, dans l'arrêt précité, ne semble pas considérer l'achat d'un habit de gala comme une suite directe du projet de mariage,

---

<sup>(70)</sup> D., 96. 2. 320.

<sup>(71)</sup> D., 95. 2. 86.

mais comme une fantaisie du futur. C'est assez singulier, du reste, car dans un certain monde, à l'époque où se passait le fait, cet habit était une obligation pour le fiancé. Avec plus juste raison, la Cour ne veut pas considérer comme une suite logique du projet l'achat par le fiancé d'une toilette de cérémonie pour une parente pauvre et le paiement des frais de voyage de celle-ci; sa présence n'était nullement indispensable. Nous voyons, par contre, un juge de paix accorder des dommages-intérêts au frère du futur marié, qui devait tenir la place du père défunt. Sa présence était, en effet, tout indiquée.

Les différents engagements pris en vue de la cérémonie et de son organisation sont évidemment la suite logique du contrat qui doit avoir lieu.

Ce caractère ne peut être dénié aux frais nécessités par l'établissement du contrat <sup>(71 bis)</sup> car la situation pécuniaire des futurs époux doit être réglée, et le contrat, souvent indispensable, est toujours souhaitable dans la plupart des cas.

*Commencement d'exécution. Installations diverses.* — Un commencement d'exécution peut-il constituer une suite logique de la promesse de mariage? Dès le lendemain de la cérémonie, le mari est obligé « de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état », dit le Code. On ne peut se trouver prêt, du jour au lendemain, à exécuter cette obligation; il faut s'y préparer; l'achat d'un mobilier, la location d'un logement paraissent donc la suite naturelle du projet d'union; le mari prépare l'exécution de l'obligation qu'il contractera en se mariant. Enfin, nous l'avons déjà mentionné, la future qui exerçait une profession a pu la quitter si l'état ou la situation sociale de son fiancé ne pouvaient s'en accommoder.

---

(71 bis) D., 95. 2. 86.

*Relations illicites.* — La plupart des procès intentés après une rupture de promesse de mariage s'appuient sur le préjudice causé par des relations illicites. Ces relations constituent, après le mariage, un des actes d'exécution des obligations matrimoniales. Peut-on dire qu'avant le mariage, ce commencement d'exécution soit, au même titre que l'achat d'un mobilier ou la location d'un appartement, la suite directe du projet de mariage? Alors que l'installation nécessite des actes préparatoires, qu'il est dans l'usage d'accomplir, les relations en question, non seulement ne nécessitent pas de préparation, mais se trouvent, de plus, contraires à la morale la plus élémentaire, tout au moins dans notre pays. La fiancée séduite ne peut donc invoquer, pour justifier ce commencement d'exécution du mariage avant le mariage, ni la nécessité, ni l'utilité, ni la coutume. D'autre part, la jurisprudence précise que les relations illicites ne suffisent pas à justifier une action en dommages-intérêts, car elles ne constituent pas en elles-mêmes un acte tombant sous l'application de l'article 1382, mais un acte commun aux deux parties, et la femme séduite doit être considérée comme complice; il y a faute commune, et, conséquemment, responsabilité partagée; la femme ne peut, de ce fait, réclamer une indemnité. (Avant la loi de 1912, une action de ce genre aurait abouti à tourner la prohibition de l'article 340.)

Toutefois, dans le cas de faute commune, le tort de l'une des parties peut s'atténuer, et même disparaître, si sa volonté a été atteinte ou supprimée; l'autre partie, alors, restant coupable, devient responsable envers elle. La femme séduite peut se trouver dans une situation de ce genre; sa volonté a pu être fléchie par la promesse d'une somme d'argent, d'un avantage matériel quelconque, consti-

tuant soit le prix de relations illicites, soit un dédommagement en cas de grossesse. Or, un tel argument est nul; la cause en est illicite, car la femme recevrait le *pretium stupri*. Cependant, la jurisprudence consent à s'occuper de la femme si des manœuvres dolosives ou fallacieuses de l'autre partie ont atténué ou supprimé sa faute; elle n'a pas voulu en pleine liberté, en pleine conscience. En quoi peuvent consister ces manœuvres dolosives? Le plus souvent, en une promesse de mariage. Une telle promesse, cependant, correspond parfois à un avantage pécuniaire. Un mariage avantageux, n'est-ce pas l'équivalent d'une somme d'argent, le *pretium stupri*? La femme à qui mariage a été promis perd de ce fait sa volonté, ou tout au moins la responsabilité de son acte; sa faute disparaît; il ne demeure que celle du partenaire.

Comment expliquer un tel effet? Séduire signifie conduire avec soi, emmener; donc supprimer la liberté, annihiler la volonté. Devant l'espoir de se marier, la jeune fille semble perdre les moyens de défense qu'elle possédait auparavant. Si le fait, en lui-même, est aussi grave que si le mariage ne devait pas s'ensuivre, il faut reconnaître que celui-ci doit effacer bientôt l'acte répréhensible. Ce commencement d'exécution — avant mariage —, que rien ne peut vraiment justifier, qui est contraire à la morale et à la coutume, les juges ne le considèrent pas comme une suite logique du projet de mariage, mais, indulgents pour la faiblesse humaine, ils semblent considérer ces relations, étant donné les circonstances, la situation des parties, leur âge et leur situation sociale, comme une conséquence affective de la promesse de mariage. Ainsi donc la jurisprudence décide que l'existence de relations illicites ne peut justifier une action en dommages-intérêts; mais, par contre,

qu'une promesse de mariage rompue sans motifs plausibles est susceptible d'entraîner dans de telles circonstances, à l'encontre de son auteur, la réparation du préjudice matériel causé par cette rupture.

*Actes provoqués par l'auteur de la rupture.* — Il ne suffit pas que ces actes constituent la suite logique d'un projet réel de mariage, il faut aussi, pour que l'auteur de la rupture puisse en être rendu responsable, qu'il ait, d'une manière ou d'une autre, encouragé l'autre partie à les accomplir. En effet, la victime a pu, de son plein gré, réaliser les dépenses en question. En prévision d'un mariage futur, qu'elle espère, mais qui n'a fait encore l'objet d'aucune promesse ferme, elle a pratiqué des achats, des préparatifs divers; puis les fiançailles ont lieu; le partenaire se retire ensuite. Elle ne peut lui demander d'indemnité pour les dépenses qu'elle a ainsi faites et qui se trouvent inutiles; ces frais, en effet, ont été engagés antérieurement à la promesse de mariage et à l'insu de l'auteur de la rupture. Il en est encore ainsi quand ce dernier a manifesté, même après les fiançailles, une hésitation quant à la suite à donner au projet de mariage; qu'il a, notamment, recommandé à l'autre partie de ne pas hâter ses préparatifs et d'éviter des dépenses prématurées. Si, n'écoutant pas ces sages conseils, l'autre partie a passé outre et que les fiançailles se rompent, elle ne pourra demander réparation à l'auteur de la rupture, même si les dépenses faites sont la suite logique du projet. L'état de fiançailles ne suffit donc pas; il faut que l'auteur responsable des dépenses ait participé directement à leur accomplissement où l'ait simplement encouragé. Et, dans ce cas, il en demeure responsable.

*Actes constitutifs d'un dommage.* — Il faut encore que ces actes préliminaires constituent un dommage; qu'ils ne puis-

sont être annulés ou qu'ils ne présentent aucune utilité *si nuptiæ non sequuntur*.

Ainsi les commandes faites pour la cérémonie, voitures, repas, peuvent être le plus souvent annulées.

S'il n'est plus possible de revenir sur certains frais engagés, ils peuvent, au moins, présenter une utilité, même en l'absence de mariage. C'est le cas des toilettes. L'arrêt d'Alger précité refuse d'indemniser le fiancé éconduit, pour l'habit de gala qu'il s'était fait faire en vue de la cérémonie; la Cour prétend que cet habit ne constituait pas une suite logique du projet : il fallait plutôt dire qu'il conservait sa valeur entre les mains du futur. Les préparatifs faits en vue de l'installation gardent généralement leur valeur. Ainsi la Cour de Paris <sup>(72)</sup> décide qu'on ne saurait faire supporter à la fiancée, auteur de la rupture, les dépenses engagées dans la réfection de la maison destinée au ménage. On ne sait, en effet, si ces travaux n'étaient exécutés qu'en vue du mariage; au surplus, ils ont augmenté la valeur de la maison. Si le futur s'est assuré la possession d'une habitation, celle-ci lui reste et, en somme, l'opération peut être avantageuse. Il n'aurait droit à une indemnité que si, poussé par ses futurs beaux-parents, il avait acquis un immeuble d'une importance dépassant ses possibilités pécuniaires ou ses besoins.

Les cadeaux du fiancé : bonbons, fleurs, bijoux, destinés à lui attacher la jeune fille, représentent des dépenses vaines, et constituent un préjudice en cas de rupture. Nous avons dit, plus haut, que seuls les bijoux pouvaient être restitués. Les frais de voyage des parents pour venir à la cérémonie sont aussi une dépense inutile. Il en est de même des honoraires du notaire, si le contrat de mariage a été signé.

---

<sup>(72)</sup> D., 95. 2. 86.

Les frais d'installation représentent, le plus souvent, une utilité pour celui qui les a engagés : les meubles achetés par le fiancé lui demeurent, quoique leur prix puisse être lourd à supporter, et que, restant célibataire, il n'en ait pas l'emploi. Ils ne représentent donc pour lui qu'une utilité réduite; aussi la future, auteur de la rupture, peut-elle être appelée à supporter une partie des frais <sup>(73)</sup> et à garantir leur paiement. Il en est de même, et au premier chef, de la séduction. La fiancée séduite, puis abandonnée, ne peut qu'éprouver un préjudice de cette chute, que le mariage aurait effacée. Si les relations n'ont pas eu de conséquences, le préjudice est plus moral que matériel, mais si une grossesse est survenue, le dommage est incontestable. Il résulte de toutes les difficultés qui pèsent sur la maternité naturelle.

β. *Préjudice moral.* — Le préjudice moral est, ici, assurément plus grave que le préjudice matériel. Il ne se traduit pas par une diminution de patrimoine, mais par la perte de la considération, par une diminution de position sociale, par une douleur ou une souffrance.

1. *Préjudice interne.* — Le préjudice interne provenant de la rupture : la douleur que la partie délaissée a ressentie dans son amour blessé constitue une atteinte irréparable. Cette peine est inappréciable, et, jamais, jusqu'alors, les tribunaux n'ont songé à la mesurer et à l'évaluer en argent. La douleur humaine est sans prix.

2. *Préjudice externe.* — Mais le véritable préjudice moral, d'ordre extérieur, provient de l'opinion publique. Il peut être actuel ou futur. La partie délaissée devait trouver dans le mariage projeté, à côté d'un avantage matériel, un avan-

---

(73) D., 76. 2. 236.

tage moral par une élévation de situation sociale, par l'entrée dans une famille connue et estimée. C'est un préjudice négatif, que les tribunaux se refusent à indemniser. Mais, la rupture a pu provoquer sur l'entourage un effet immédiat, jeter la déconsidération; ce n'est pas un espoir perdu, c'est une réalité; une diminution du patrimoine moral, aussi important, sinon plus, que le patrimoine matériel. Mais l'intensité du dommage est différente suivant celui qui en pâtit.

*Préjudice éprouvé par le fiancé.* — Les tribunaux sont peu disposés à indemniser le fiancé du tort moral. Ainsi, un jugement du Tribunal de la Seine (<sup>73 bis</sup>) estime que « lorsque la rupture provient de la future ou de sa famille, le préjudice moral ne doit entrer que pour une faible part dans l'appréciation des dommages-intérêts », et, sur appel, la Cour déclare péremptoirement « que le futur n'a éprouvé aucun préjudice moral ». En effet, à moins que la rupture n'ait lieu avec éclat, que la famille de la fiancée ne répande sur le fiancé des bruits malveillants, la réputation d'un jeune homme n'a pas trop à souffrir dans de telles circonstances.

*Préjudice éprouvé par la fiancée.* — Une jeune fille, au contraire, subit, bien souvent, les effets d'une rupture de mariage, soit au point de vue mondain, soit, surtout, en considération d'un autre mariage. Et l'effet est encore plus sérieux si la question « intérêt » est étrangère au dénouement. Aussi, la jurisprudence est-elle plus large. Un fiancé rompt la veille de la célébration du mariage; la Cour de Bordeaux (<sup>74</sup>) estime qu'en plus du préjudice matériel « il doit être tenu compte du tort grave qu'a causé à la demoiselle T... la rupture dont sa délicatesse et sa dignité ont souffert et qui peut dans l'avenir conti-

---

(<sup>73 bis</sup>) D., 95. 2. 80.

(<sup>74</sup>) D., 02. 1. 46.

nuer à lui nuire », et la Cour de cassation considère qu'en cette affaire les faits invoqués par la Cour d'appel justifiaient une condamnation à des dommages-intérêts. Le préjudice moral est d'autant plus grand que les fiançailles ont été plus solennelles, ébruitées, et de nature à provoquer des commentaires jaloux ou étonnés. Un sieur Jaugot, très fortuné, s'était fiancé à la fille de l'un de ses fermiers. Il rompt à la veille du mariage. Le jugement du Tribunal de Lyon, confirmé en tous points par la Cour (<sup>74 bis</sup>), a estimé, avec juste raison, que « l'éclat et la publicité qui ont accompagné le projet et la rupture de ce mariage ont été d'autant plus grands que la malignité publique avait été plus excitée par la différence de position des futurs. Il en résulte pour la jeune fille une grave atteinte, soit dans sa réputation, soit dans ses intérêts matériels pour l'exercice de sa profession, soit, aussi, dans la conclusion d'un mariage ». Cette décision de justice résume excellemment l'essentiel du préjudice moral que la jurisprudence reconnaît et s'efforce de réparer. Il est bien souvent le seul digne d'être vraiment retenu.

## II. — *Fondement de cette responsabilité.*

Quand toutes ces conditions sont réunies, la jurisprudence condamne l'auteur de la rupture à réparer le préjudice causé.

a) LA LOI. — Comment justifier cette condamnation ? Il faut un droit violé. L'article 1382 le dit fort bien « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Le mot « faute » implique l'idée d'un droit violé. Si le pré-

---

(<sup>74 bis</sup>) D., 77. 1. 84.

Ricot

judice a pour origine immédiate les actes préparatoires ou les commencements d'exécution, la cause médiate et réelle du dommage est le refus de contracter mariage. L'auteur de la rupture, pour en être responsable, doit avoir agi « *injuria* », sans droit. Tel n'est pas le cas. Le droit de refuser de contracter est une faculté inhérente à la personne et qu'un acte juridique — contrat ou offre — peut seul entamer. Il en est d'autant moins ainsi que la loi tient particulièrement à protéger la liberté contractuelle en matière de mariage. En Droit pur, l'auteur de la rupture doit être à l'abri de toute responsabilité.

b) LA JURISPRUDENCE. — La jurisprudence fonde ses décisions sur des moyens détournés. Elle ne peut appliquer ni la responsabilité contractuelle ni la responsabilité délictuelle.

1° *Absence de responsabilité contractuelle.* — La responsabilité contractuelle ne pourrait provenir — nous l'avons dit — que d'un avant-contrat. Les promesses de mariage, sorte d'engagement unilatéral, n'ont également aucune valeur juridique et ne peuvent donner lieu à une action fondée sur les articles 1142 et suivants. Toutes les décisions de justice sont d'accord sur ce point : une promesse de mariage ne peut être sanctionnée par une action. La Cour de Paris <sup>(75)</sup> le dit nettement : « En Droit, les simples promesses de mariage ne peuvent point, à l'égal d'un contrat lié, enchaîner la liberté des futurs conjoints. Il n'y a donc aucune faute contractuelle capable de justifier une responsabilité. »

2° *Essai d'une responsabilité délictuelle.* — La jurisprudence se réfugie toujours, en dernier lieu, dans le fameux article 1382 <sup>(76)</sup> — espoir suprême et suprême pensée — qui vient au secours des juges embarrassés. Après avoir posé

---

<sup>(75)</sup> D., 76. 2. 236.

<sup>(76)</sup> Josserand, D. H., 1927, p. 22.

qu'une promesse de mariage ne peut donner lieu à aucune action, les décisions de justice s'empressent d'ajouter (tel un arrêt de Cour d'appel) « qu'en vertu de l'article 1382, la faute dont serait accompagnée la rupture pourrait donner lieu à la réparation des conséquences dommageables ». Et la Cour de cassation <sup>(77)</sup> répond au pourvoi, qui arguait d'une fausse application dudit article, « qu'une condamnation à des dommages-intérêts peut être motivée quand la non-exécution de la promesse de mariage est accompagnée de circonstances indépendantes de la rupture elle-même et constitue une faute dommageable ». Le dommage qu'entraîne une rupture de promesse est réputé provenir d'un quasi-délit, qui tire son caractère et son importance des circonstances de fait au milieu desquelles il s'est produit. Dans l'affaire Jaugot, dont nous avons déjà parlé, le Tribunal, approuvé par la Cour de Lyon, déclare que « l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut donner lieu à des dommages-intérêts ». Mais il n'en est pas de même « si la rupture est imputable à une faute et qu'il résulte de cette faute un préjudice ». On voit le souci de fuir le terrain contractuel pour s'accrocher à l'article 1382. La Cour de cassation répond : « le préjudice éprouvé avait pour cause une faute de Jaugot, il en doit réparation. L'application faite par la Cour de Lyon des dispositions de l'article 1382 est juridique et ne viole aucun principe de notre droit ». Le rapport présenté par le conseiller Onofrio tente de s'appuyer également sur le même article. A l'argument « que la liberté du mariage reste entière », il oppose que « les préliminaires du mariage constituent un engagement qui peut tomber sous les dispositions de l'article 1382; les futurs ne sont pas libres de se jouer l'un de

---

(77) D., 02. 1. 46.

l'autre par des promesses fallacieuses faites ou rompues sans réflexion ». Le grand souci de ces décisions de justice est de faire abstraction des circonstances dommageables consécutives à l'inexécution de la promesse et à la rupture elle-même.

*Critique.* — Certains faits peuvent, parfois, s'isoler et tomber directement sous la sanction de l'article 1382<sup>78</sup>; si, par exemple, la rupture est accompagnée d'expressions injurieuses pour la personne délaissée et que son auteur lui donne une publicité excessive et émette des imputations diffamatoires. L'article 1382 s'applique parfaitement à un tel fait, qui constitue par lui-même une faute. Mais, le plus souvent, les circonstances font corps avec la promesse et sa rupture; elles en constituent les éléments. Ainsi, dans une affaire dont nous avons parlé plus haut <sup>(78)</sup> et dans laquelle la Cour s'efforce de trouver un délit en dehors de la promesse de mariage, un sieur G..., dont la demande en mariage a été agréée, se comporte comme un parfait fiancé. Il procède aux publications; toutes les difficultés qui s'étaient élevées sont aplanies en sa faveur; la date du mariage est fixée; on fait les préparatifs, il y concourt; puis, la veille du mariage, envoie un télégramme de rupture. Comment séparer les faits de ce cas de la promesse de mariage issue des fiançailles ? Ces faits en constituent la rupture et ne peuvent être considérés à part. Toutes les assurances de G..., les difficultés qu'il s'est efforcé de résoudre, son concours dans les préparatifs, ne faisaient que confirmer sa promesse et la fortifier. La rupture brusque, sans cause, sans explications, c'est elle seule qui est l'origine de sa responsabilité; on ne peut lui reprocher autre chose. Les différents faits relevés par la jurisprudence comme constituant les éléments de la

---

(78) D., 02. 1. 46.

faute, sont les éléments de la promesse et de sa rupture. Aussi, déclarer, comme le fait l'arrêt, que la promesse de mariage ne peut produire aucun effet de droit, mais que sa rupture peut être soumise à l'article 1382, aboutit à sanctionner cette promesse et à lui donner une certaine valeur juridique.

D'ailleurs, la jurisprudence ne peut, malgré elle, s'évader complètement de l'idée de promesse de mariage; elle s'y réfère instinctivement : il est constamment question, dans les arrêts, de la « violation de la foi promise », de la « rupture de la promesse », du « manquement à la parole donnée ». La Cour de cassation est victime de la même influence; elle évoque « l'engagement » qui résulte pour les fiancés de la promesse de mariage <sup>(79)</sup>.

Aussi, maintes décisions passent sous silence l'article 1382 et tirent du rapprochement de la rupture et du préjudice la conclusion d'une condamnation. Ainsi, un arrêt de la Cour de Rennes <sup>(80)</sup> décide « en ne donnant pas suite à ce projet (de mariage) auquel — par les publications légales — il avait consenti à donner un caractère public, P... a accompli à l'égard de la demoiselle D... un acte préjudiciable dont il lui doit réparation ». Un jugement confirmé par la Cour d'Orléans <sup>(81)</sup> déclare que « la non-réalisation d'une promesse de mariage, après séduction, cause à la jeune fille délaissée un préjudice dont l'auteur de la rupture lui doit réparation ». Du fait qu'une promesse de mariage est conditionnelle, « on ne peut conclure, dit le Tribunal de la Seine <sup>(82)</sup>, que l'une des parties puisse se jouer impunément de

---

<sup>(79)</sup> D., 09. 1. 157.

<sup>(80)</sup> D., 07. 2. 70.

<sup>(81)</sup> D., 93. 2. 487.

<sup>(82)</sup> D., 95. 2. 86.

l'autre; une condamnation peut en résulter ». La Cour reconnaît le préjudice et le sanctionne sans commentaires. Ces décisions, qui sont un peu postérieures aux autres, se sont donc débarrassées de l'appui de l'article 1382 pour poser sans détours la solution.

3° *Détermination d'une responsabilité particulière.* — D'ailleurs, que les tribunaux se fondent ou non sur cet article, ils résolvent la difficulté à peu près de la même manière. La question, qui, en Droit, devrait échapper aussi bien à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle, est soumise par la jurisprudence à une sorte de responsabilité particulière, mixte et intermédiaire entre l'une et l'autre.

*Cas d'application.* — Examinons d'abord les cas d'application. La responsabilité contractuelle repose sur une présomption de faute. L'engagement, dans tous les cas, doit être exécuté, à moins de cas fortuit ou de force majeure; sinon la condamnation s'ensuit. En matière délictuelle, au contraire, sauf dans certains cas particuliers, le défendeur est présumé innocent, et il appartient à la victime de démontrer la culpabilité de celui-ci, en apportant la preuve qu'il a agi sans droit, dans une intention malveillante ou imprudemment. Dans le cas de promesse de mariage, la rupture est illégitime quand son auteur ne peut apporter aucune raison permettant d'écarter la malveillance. Le motif invoqué peut être seulement insuffisant ou tardif; sa conduite est alors imprudente. Ainsi donc, l'auteur de la rupture est responsable d'avoir agi soit dans l'intention de nuire soit avec imprudence; ce sont les deux cas d'application de la responsabilité délictuelle (art. 1382 et 1383, délit et quasi-délit); à leur endroit, la jurisprudence s'appuie alors sur ces articles et non sur les articles 1140 et suivants.

*Dommages-intérêts.* — Il n'en est pas de même pour les dommages-intérêts. En cas d'inexécution d'un contrat, les dommages-intérêts représentent le préjudice actuel et le préjudice futur; ils sont dits « compensatoires ». Les tribunaux s'efforcent même d'obtenir le plus souvent l'exécution directe du contrat; c'est la meilleure des compensations. En matière délictuelle, également, ces deux préjudices sont considérés. En cas d'inexécution de promesse de mariage, au contraire, seul le *damnum emergens* fait l'objet d'une réparation. L'espoir perdu, le préjudice futur, ne sont pas retenus. Les dommages-intérêts ne sont pas compensatoires, car jamais les tribunaux n'essaient de suppléer à la promesse de mariage, ni d'aboutir à une réparation en nature. Ils accordent à la partie délaissée simplement une indemnité représentant les frais qu'elle a réellement engagés. Tous les espoirs qu'elle avait formés, tout ce sur quoi elle pouvait légitimement compter, restent irrémédiablement perdus, sans compensation.

*Preuve.* — Des difficultés surgissent également au sujet des moyens de preuve à employer. L'article 1341 dit : « Il sera passé acte de toutes conventions... » Pour prouver une obligation de quelque importance, il faut un écrit. La preuve d'un fait non juridique, au contraire, peut être apportée par tous moyens. Quelle règle appliquer pour la preuve de la promesse de mariage? Il est bien évident que des faits tels qu'une démarche, un voyage, un repas, peuvent être attestés par témoins et constituer une preuve de promesse de mariage. Mais, souvent, elle n'en ressort pas assez clairement et il lui faut une manifestation par parole ou par écrit. Cette promesse, en soi, n'a aucune valeur juridique; c'est un fait que la loi ignore et que la jurisprudence ne prend et ne retient que pour étayer une condamnation à des dom-

mages-intérêts. Placée sur le terrain délictuel, il semble que la preuve de ces différents faits sera la preuve des délits, la preuve par tous moyens. Certaines décisions l'entendent ainsi : l'article 1348 est applicable en l'espèce; il s'agit d'un quasi-délit; la preuve par témoins est donc possible, car ce n'est pas la réalisation d'une promesse de mariage que l'on demande, mais une réparation pécuniaire pour avoir rompu cette promesse sans motif légitime. Cette décision est logique. Les actes qui constituent les fiançailles et la préparation du mariage, quelle que soit leur fermeté, sont dénués de tout caractère juridique et complètement étrangers à l'article 1341. C'est d'ailleurs l'opinion de Demolombe.

Mais ce n'est plus, depuis longtemps, l'opinion de la jurisprudence. Elle s'est d'abord contentée, sans y apporter de commentaires, d'exiger que la promesse de mariage soit prouvée par écrit ou tout au moins par un commencement de preuve par écrit appuyé de témoignages. C'est assimiler cette promesse à une promesse juridique. Par une évolution inévitable, tenant à son mode de preuves elle s'est peu à peu dégagée de l'idée de quasi-délit. Un arrêt de Grenoble <sup>(83)</sup>, fixe nettement la séparation « la preuve par témoins, dit-il, ne serait admissible que si la plaignante voulait articuler un ensemble de faits d'où il résulterait que le défendeur a employé pour la séduire des manœuvres dolosives; il y aurait alors quasi-délit ». La demanderesse « se borne à soutenir que le défendeur l'a demandée en mariage ». Il faudrait, dans ce cas, fournir un commencement de preuve par écrit, puisqu'il n'y a eu que promesse de mariage, excluant le quasi-délit. La promesse prend donc une allure indépen-

---

(83) D., 98. 2. 57.

dante et se rapproche de plus en plus du caractère juridique par une lente évolution. Si le mot « juridique » n'eût pas encore été prononcé, il se trouverait nettement indiqué dans un arrêt de cassation du 2 décembre 1907 <sup>(84)</sup>. Une jeune fille séduite, puis abandonnée, propose de prouver par témoins l'existence d'une promesse de mariage de la part de son séducteur. La Cour d'Amiens refuse cette preuve et exige un commencement de preuve par écrit. La Chambre civile rejette le pourvoi en ces termes : « Si l'articulation ainsi formulée avait pour objet la preuve d'un acte dolosif à la charge de R..., elle tendait en même temps à établir l'existence d'un engagement pris par ce dernier vis-à-vis de la demoiselle C... Une semblable articulation portait donc à la fois sur un fait pur et simple, et sur un fait juridique, et, en raison de cette complexité, elle ne pouvait, vu l'importance du litige, être déclarée recevable qu'autant qu'il eût existé dans la cause un commencement de preuve par écrit. » Un arrêt de l'année suivante <sup>(85)</sup> règle la question de la même façon et dans les mêmes termes. La Cour de cassation ne se contente pas d'appliquer à la promesse de mariage les règles de preuve des actes juridiques; elle n'hésite pas à l'appeler « fait juridique ». La preuve de la promesse de mariage est donc régie par les règles applicables en matière contractuelle.

*Conclusion.* — De ces trois courts rapprochements, il apparaît que cette promesse revêt un caractère mixte. Soumise aux règles de la responsabilité délictuelle en cas d'inexécution; s'éloignant, au contraire, de celle-ci et de la responsabilité contractuelle en matière de dommages-inté-

---

<sup>(84)</sup> D., 08, 1. 201.

<sup>(85)</sup> D., 09, 1. 157.

rêts, elle emprunte les règles de cette dernière pour le mode de preuve.

La jurisprudence, en créant — hors des règles de Droit — cette restriction à la liberté contractuelle, devait fatalement s'appuyer sur l'article 1382, qui sert d'étai à toutes les innovations jurisprudentielles. Mais, engagée dans cette voie, elle ne pouvait, par la force même des choses, se maintenir strictement sur le terrain délictuel et, les faits dépassant les principes, la promesse de mariage, peu à peu, s'est dégagée. De cette manifestation volontaire et libre, que la loi veut ignorer, la jurisprudence a fait un acte sinon pleinement juridique, du moins générateur de droits. Dans le simple but de réparer un préjudice, elle s'est vue conduite, de cette façon, à attacher à la volonté des effets qu'elle n'avait peut-être pas l'intention de créer. Ainsi, d'ailleurs, naissent les actes juridiques; au début les parties les accomplissent, sans vouloir leur donner des effets de Droit; puis, voyant que, malgré tout, ces actes aboutissent à de telles conséquences, ils finissent par les réaliser dans cette intention. La promesse de mariage n'en est pas encore arrivée là. Elle n'est, jusqu'alors, considérée que comme un engagement moral sanctionné par la jurisprudence non pas tant parce que son auteur a voulu s'engager qu'en raison de ce que l'autre a cru en sa valeur.

Il n'en est pas ainsi pour un contrat. Son exécution est, avant tout, obligatoire : c'est sa conséquence, à laquelle on doit s'attacher plutôt qu'au préjudice susceptible d'être supporté par l'autre partie. Le point de vue auquel se place la jurisprudence en matière de promesse de mariage est donc encore bien différent.

Mais rien ne s'oppose, en vérité, à ce que la promesse de mariage redevienne un contrat « comme dans l'ancien

Droit » <sup>(86)</sup>, et constitue un obstacle au refus de contracter, sinon un obstacle invincible, du moins un obstacle représenté par une responsabilité sérieuse. La promesse revêt en réalité les caractères d'un contrat synallagmatique, réciprocité des engagements assumés et volonté généralement réelle de les assumer. Ainsi elle était considérée dans l'ancien Droit; ainsi elle l'est dans plusieurs législations modernes (Angleterre, Etats-Unis, Suisse, Espagne).

---

<sup>(86)</sup> Josserand, D. H., 1927, p. 23.

---

## CHAPITRE III

### EFFETS

---

*Nature de l'obligation de contracter.* — L'effet de ces restrictions est de rendre responsable l'auteur du refus et de l'astreindre à des dommages-intérêts, mais jamais de le contraindre à contracter.

*Montant de la réparation.* — Quelle sera la quotité de cette réparation pécuniaire? Elle dépend de l'importance de l'obligation. Tantôt, elle représentera le préjudice positif et négatif provoqué par le refus, tantôt seulement le préjudice positif actuel.

#### A. — RÉPARATION COMPLÈTE.

La réparation est complète quand l'obligation de contracter résulte soit d'un acte juridique volontaire, soit de la loi. En refusant de passer contrat, le défaillant a réellement violé un droit et encourt soit la responsabilité contractuelle, soit la responsabilité délictuelle.

a) *AVANT-CONTRAT.* — Lorsqu'il y a eu avant-contrat, refuser de tenir son engagement, c'est refuser d'exécuter l'avant-contrat et donner, par conséquent, à l'autre partie le droit d'user de l'action contractuelle, c'est-à-dire d'obtenir des dommages-intérêts compensateurs représentant le préju-

dice actuel et aussi le préjudice futur. Comme une réparation pécuniaire est toujours imparfaite, les tribunaux s'efforcent, sans pour cela le contraindre, de pousser le récalcitrant à s'exécuter. S'il s'agit d'un contrat solennel, ils le frappent d'une astreinte journalière l'incitant à céder. Si l'engagement de contracter est de la nature d'un contrat de prêt, portant constitution d'hypothèque, et que l'emprunteur refuse d'exécuter sa promesse, la jurisprudence l'y contraindra par une pression indirecte : la menace d'annuler le contrat tout entier. Craignant de perdre son prêt, l'emprunteur ne se refusera plus à constituer l'hypothèque. Mais la justice ne saurait, de quelque manière, se substituer à l'auteur du refus, déclarer notamment que sa décision se substituera par exemple au contrat constitutif de l'hypothèque qu'il avait pour but de créer. La question est beaucoup plus simple à l'égard d'une promesse de vente. Du temps de Pothier, le jugement, dans le cas de refus obstiné du défendeur, tenait lieu de vente. Le Code a simplifié la situation : « La promesse de vente vaut vente », dit l'article 1589. La promesse constitue une offre complète et, dès que le consentement de l'acheteur éventuel est acquis, le contrat est formé, et la vente s'ensuit, à condition toutefois qu'il n'y ait aucune cause de nullité de la promesse ou de l'acceptation. Si le promettant refuse de délivrer la chose, le tribunal ordonnera l'envoi en possession du bénéficiaire. Ce n'est pas là une exécution forcée de l'obligation de vendre, mais simplement l'exécution du contrat complété par l'acceptation de l'acheteur.

b) OFFRE. — Quand le refus provient d'un offrant, les mêmes règles sont applicables. Si cette offre est précise et complète, l'acceptation crée le contrat, et l'offrant n'est plus tenu par son offre, mais bien par le contrat lui-même.

Il se peut — et nous en avons exposé les différentes hypothèses dans la première partie — que toutes les conditions ne soient pas réunies, et que le contrat ne naisse pas de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. L'offrant peut encourir une certaine responsabilité si la faute lui est imputable. Prenons comme exemple l'offre d'une chose *unique* : l'offrant a omis d'avertir les amateurs éventuels de cette *particularité*. Les acceptants, qui se sont vu primer par le premier servi, se prévaudront légitimement du fait qu'ils pouvaient compter sur l'objet proposé. Quand l'offre, simplement arrivée à son destinataire, a été annulée avant d'être acceptée par lui, nous avons vu (p. 86 et 87) qu'elle demeurerait parfaitement révocable et qu'en principe son auteur ne pouvait de ce fait encourir une responsabilité. Mais la jurisprudence est parvenue à créer à l'encontre de l'offrant une véritable obligation de maintenir son offre, soit qu'il ait lui-même fixé un délai, soit qu'elle le suppose. Le Droit français n'est pas allé jusqu'à rendre l'offre irrévocable. L'offrant peut retirer son offre, mais est responsable. L'offre, en effet, est un acte juridique; un mot suffit pour en faire un contrat. Sa révocation est donc particulièrement grave, car le destinataire pouvait en faire état. S'il fait des frais en vue de l'acceptation de cette offre et du contrat qui en résultera, il y a un lien de causalité entre l'offre et ces frais <sup>(1)</sup>. Ne réparer que le préjudice actuel, serait insuffisant. Nous ne sommes plus ici dans l'hypothèse d'une rupture de négociations; mais à la veille même du contrat. Si le contrat allait avoir lieu, le retrait de l'offre équivaut pour le destinataire à la rupture du contrat. Il a donc droit, non pas seulement à la réparation du préjudice actuel, c'est-à-

---

(1) Saleilles, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 702.

dire des frais qu'il a pu engager, mais aussi à celle du préjudice futur représenté par les avantages réservés par le futur contrat. La jurisprudence, préoccupée d'assurer avant tout une réparation adéquate, une réparation en nature, a été amenée à considérer que le maintien de l'offre constituait la meilleure des réparations. L'effet de la révocation est radicalement effacé. Mais on aboutit ainsi par une voie détournée à consacrer l'irrévocabilité de l'offre.

c) RESTRICTIONS LÉGALES. — Quand les restrictions sont d'origine légale, l'obligation se résout également en dommages-intérêts. La loi sur la propriété commerciale prévoit elle-même le montant de la réparation due au commerçant injustement congédié. Cette indemnité sera égale au préjudice résultant du défaut de renouvellement du bail. Le projet relatif à la propriété culturelle prévoit la même réparation. Le projet Waldeck-Rousseau relatif au refus d'embauchage créait un délit civil qui n'aurait provoqué qu'une condamnation pécuniaire. Semblable condamnation est prévue à l'égard de commerçants refusant de respecter la taxe appliquée à certaines denrées.

Par contre, il existe toute une série de restrictions que la loi sanctionne par l'exécution forcée de contrats dont nous avons déjà examiné le caractère spécial : réquisitions, expropriations, application des dispositions des articles 661 et 682. Dans le cas de refus, le récalcitrant n'est pas simplement astreint à des dommages-intérêts, mais il est dépossédé de force des biens mobiliers ou immobiliers qu'il refusait d'aliéner. Ainsi, un propriétaire refuse-t-il de céder à son voisin la mitoyenneté d'un mur, un droit de passage, le tribunal opérera d'office cette cession au profit de l'ayant-droit.

Il ne s'agit plus, ici, d'une obligation de contracter, mais bien de dispositions légales contraignant à le faire.

B. — RÉPARATION PARTIELLE.

Quand les restrictions sont d'ordre purement jurisprudentiel, la réparation est incomplète. La jurisprudence en est réduite, en effet, à instituer une responsabilité d'occasion. Puisqu'il n'y a pas de contrat, ni d'offre, on ne peut parler de responsabilité contractuelle; l'obligation légale elle-même manquant, l'article 1382 ne peut s'appliquer. D'ailleurs, l'une et l'autre de ces responsabilités auraient pour conséquence d'entraîner à tort, pour celui qui se dérobe, la réparation du préjudice actuel et futur. La jurisprudence, par ses propres moyens, ne peut raisonnablement envisager une réparation excédant celle du préjudice positif.

a) RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DU COMMERCE. — Ainsi, le client évincé par le commerçant détenant un monopole aura droit à une indemnité représentant le préjudice que le refus lui a causé. De même, le voyageur refusé par le voiturier recevra comme indemnité la différence entre le prix qu'il a dû payer au particulier qui l'a transporté et le tarif demandé par le service régulier du transporteur. Le préjudice éprouvé par le client peut être purement moral; il n'en est pas moins actuel, et la jurisprudence tient à le réparer. Ainsi, dans l'affaire Bottone contre le Casino de Nice, le Tribunal de commerce, tout en reconnaissant que le Casino était dans son tort, n'avait rien accordé au demandeur parce qu'il n'avait éprouvé aucun préjudice personnel. Mais la Cour d'Aix, au contraire, a jugé qu'un préjudice moral réel était susceptible de motiver des dommages-intérêts.

b) RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DES EMPLOYEURS. — Le préjudice subi par le syndicat ouvrier qui poursuit le patron pour refus d'embauchage est purement moral, et une condamna-

tion de principe lui suffit. Dans toutes ces hypothèses, la jurisprudence ne peut reconnaître qu'un commencement de responsabilité délictuelle et décider en conséquence.

c) **RESTRICTIONS EN CAS DE POURPARLERS.** — C'est une ébauche de responsabilité contractuelle que la jurisprudence crée en cette matière de rupture de négociations et de fiançailles.

1° *Rupture de négociations.* — Quand le contrat est formé, ses avantages ne sont pas seulement une espérance, mais une certitude garantie par le Droit. Si le débiteur se dérobe, le créancier doit être indemnisé du dommage futur au même titre que du dommage actuel. Cette thèse, il va de soi, ne peut être étendue à la rupture de simples pourparlers; car, loin de créer une certitude, ils n'apportent qu'une espérance d'autant plus aléatoire que le projet de contrat n'étant pas définitivement formé, on ne sait exactement à quoi l'on doit s'attendre. Le Droit n'a pas à s'occuper d'espérances perdues et, de son côté, la jurisprudence ne cherche en cette matière qu'à réparer le dommage réel <sup>(2)</sup>. Ce dommage est généralement représenté par les frais engagés en vue de la conclusion du futur contrat <sup>(3)</sup>; encore faut-il que ces frais revêtent les différentes conditions que nous avons envisagées. On ne peut, en effet, étendre plus loin la responsabilité, sous peine d'entraver la conclusion des contrats, qui suppose jusqu'à la fin une certaine liberté d'allure.

2° *Rupture de fiançailles.* — Ces principes trouvent une application frappante dans le cas de rupture de fiançailles. L'auteur responsable de la rupture sera tenu au rembour-

---

<sup>(2)</sup> Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 722.

<sup>(3)</sup> Demogue, *Oblig.*, II, 554; *Gaz. Pal.*, 12. 2. 210.

sement des frais engagés en vue de la célébration et de la cérémonie du mariage; les cadeaux sont tantôt restitués, tantôt conservés moyennant paiement de leur valeur. S'il y a eu séduction, les frais d'accouchement seront à la charge du futur qui se dérobe. Cependant, un arrêt de la Cour de Paris <sup>(4)</sup>, institue un mode de réparation curieux. Le futur, repoussé, était cité en justice pour se voir contraint à payer l'achat d'un mobilier et la location d'un appartement, effectués en vue du mariage rompu par son ex-fiancée. La Cour, ayant estimé que ces frais étaient à la charge de la future, a jugé que le jeune homme avait justement appelé celle-ci en garantie. Le préjudice moral est également retenu, quand il est actuel. Une indemnité ne le répare qu'imparfaitement et n'a d'autre but que d'en effacer les conséquences matérielles incidentes. Les décisions de justice l'unissent au préjudice matériel et accordent en bloc les dommages-intérêts qu'elles jugent utiles. La réparation en cette matière résulte moins des dommages-intérêts que de l'effet moral produit sur le défendeur par sa condamnation. Le seul fait de reconnaître judiciairement que le défendeur a rompu à tort et qu'il a causé à l'autre partie un préjudice dont il lui doit réparation, lave le demandeur, partiellement du moins, des soupçons qui avaient pu l'atteindre. C'est une sorte de réhabilitation aux yeux du monde.

La réparation est toujours pécuniaire. Jamais la jurisprudence n'usera d'un moyen quelconque de pression pour amener indirectement le récalcitrant à conclure le contrat auquel il se refuse, si sérieuses aient été les promesses, si précis les engagements, si irrémédiables les actes accomplis. La liberté du mariage s'oppose à une telle conception;

---

(4) D., 76. 2. 236.

la jurisprudence ne tend pas à « raccommoder les choses » ; elle veut simplement réparer un préjudice, en se bornant à une simple condamnation pécuniaire. Désirant éviter jusqu'à l'ombre d'une pression, elle ne dit jamais que la célébration du mariage arrêtera la condamnation. Elle intervient quand tout est rompu.



## CONCLUSION

---

De cette étude résulte un contraste frappant entre le droit de refuser de contracter et les restrictions qu'il peut subir. Inscrit nulle part, ce droit est général, profite et s'impose à tous. C'est une faculté plutôt qu'un droit. Car il constitue une des manifestations de la liberté contractuelle, principe incontesté et incontestable, fondement de notre édifice juridique, qui trouve elle-même sa raison d'être dans la liberté individuelle.

Ce droit peut cependant, malgré son caractère et son origine, subir des restrictions ou disparaître. Son titulaire ne peut alors refuser de contracter; il y est obligé. Mais cette obligation revêt un caractère tout différent du droit qu'elle détruit. Elle doit s'appliquer à un cas ou à une série de cas donnés, au profit ou à l'encontre de personnes déterminées. Cette obligation se présente donc toujours avec un caractère strict. Elle ne peut, d'autre part, s'imposer elle-même, comme provenant d'un principe juridique; elle doit être formellement prévue par la loi, si elle est d'origine légale; inscrite dans un contrat ou dans une offre, si elle est d'origine volontaire.

Ainsi donc, le droit de refuser de contracter, général et coutumier, ne peut subir que des restrictions précises et formelles. Ceci confirme cela.

Mais ce caractère tend à s'atténuer. Les tribunaux s'attribuent désormais le pouvoir de faire obstacle à l'exercice d'un droit, au nom de la théorie de l'abus du droit, qu'ils érigent en s'appuyant sur l'équité. Le droit qui nous intéresse n'y échappe pas. Il est donc susceptible de subir des restrictions, fondées, non sur une disposition légale ou un acte juridique, mais sur un principe à la fois aussi général et plus vague que la liberté contractuelle. Cette liberté si solidement protégée se trouve donc menacée et restreinte par le principe d'équité. Cette évolution ne fera que s'accroître. Elle est une des manifestations de cette tendance moderne à diminuer le rôle de la liberté individuelle.

De ces restrictions résulte la défense de refuser de contracter. Refuser devient donc un acte répréhensif qui entraîne une responsabilité. Mais d'après la nature de la restriction, la défense et sa violation ont un caractère différent.

Quand la restriction est légale ou volontaire, elle est sanctionnée par la loi. Refuser de contracter est alors contraire à la loi; c'est un acte illégal, illicite. Mais il n'en est pas de même d'une défense instituée par la jurisprudence. Le refus n'est pas illicite puisqu'il ne se heurte à aucune disposition de loi. Il est simplement contraire à la volonté des juges qui sont guidés, avons-nous dit plus haut, par un principe général : l'équité.

Grâce à lui, la jurisprudence fonde une théorie que nous avons déjà esquissée, la théorie de l'abus du droit. M. Saleilles pose ainsi la question : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer l'exercice d'un droit. » On commet alors un acte abusif. C'est tout différent d'un acte illicite : accomplir un acte illicite,

c'est agir sans droit; réaliser un acte abusif, c'est au contraire user d'un droit, mais d'une manière que l'équité réprouve. Le droit de ne pas contracter, malgré son caractère particulier, n'a pas échappé à cette théorie. Il peut, en effet, comme les autres droits, servir d'instrument à la malveillance.

M. Planiol, seul auteur à combattre la théorie de l'abus, n'est pas d'avis, bien entendu, de l'appliquer en notre matière <sup>(1)</sup>. M. Ripert, qui en est partisan et veut y voir l'introduction de la morale dans le droit, fait des réserves expresses au sujet du droit de ne pas contracter <sup>(2)</sup>. Il y a, dit-il, des droits dont la loi accorde l'exercice arbitraire, parce que le titulaire est seul juge du devoir qui lui incombe. Pour apprécier l'abus, il faut que le juge puisse arbitrer la valeur des sentiments qui font agir une personne; or, il est des motifs qui sont tellement personnels qu'aucune appréciation n'est possible. C'est le cas des droits de puissance paternelle, tutélaire, maritale. M. Ripert estime que le droit de refuser de contracter participe à la nature de ces droits. Il présente, en effet, pour son titulaire, une exceptionnelle gravité puisqu'il lui permet d'organiser à son gré sa vie juridique.

M. Josserand est d'un avis contraire. Ce droit, comme tout autre, est susceptible d'abus. Mais il entend ce mot dans un sens singulièrement large. Pour le reste de la doctrine, il implique la malveillance contre le débiteur. Il voit plus loin; il veut poursuivre la malveillance contre les institutions. « La liberté de ne pas contracter, dit-il, ne peut être utilisée à l'encontre d'autres libertés ou d'institutions

---

(1) Planiol, notes, D., 06. 1. 113; 11. 2. 385; 16. 1. 25.

(2) Ripert, *Règle morale dans les obligations*, n° 100.

sociales. » Ainsi, refuser d'embaucher des ouvriers parce qu'ils sont syndiqués, constitue un abus. Le droit d'adhérer à un syndicat est reconnu; un patron ne peut donc user de sa liberté contractuelle pour faire obstacle à ce droit. En un mot, un droit ne peut servir à combattre un autre droit. Le droit de l'un doit s'arrêter à un point donné pour livrer passage au droit de l'autre, c'est une question d'équilibre <sup>(3)</sup>. Ainsi conçue, la théorie de l'abus du droit change de caractère. Elle n'est plus une simple application de la moralité dans le droit <sup>(4)</sup>, elle devient créatrice de véritables délits. Elle supplée la loi quand celle-ci a oublié de protéger tel ou tel droit. C'est bien l'impression qui ressort des deux décisions de justice qui ont trouvé l'approbation entière de M. Josserand <sup>(5)</sup>.

Si l'on adopte ce système, presque toutes les hypothèses de refus de contracter doivent être soumises aux tribunaux. C'est en effet un droit pour chacun d'être ce qu'il est, à moins que la loi ne le défende : syndiqué ou non, marié ou célibataire, père de famille ou sans enfant, catholique, protestant, israélite, libre-penseur, français, italien ou espagnol, de se conduire d'après les principes d'une morale rigoureuse ou d'en fuir les préceptes austères. On ne peut donc refuser de contracter avec quelqu'un pour un de ces motifs. En effet, refuser d'embaucher un ouvrier parce qu'il est syndiqué ou de louer une maison à quelqu'un parce qu'il a des enfants, aboutit à nuire au droit syndical ou à la liberté individuelle. On ne peut donc refuser de contracter que pour des motifs tenant à la bonne exécution du contrat dont il s'agit, tout motif étranger risquant d'être illégitime.

---

<sup>(3)</sup> Josserand, *Esprit des droits*, p. 131.

<sup>(4)</sup> Ripert, *Règle morale*, n° 102.

<sup>(5)</sup> D., 08. 2. 73 et 76.

Entre ces deux théories extrêmes, la jurisprudence applique un moyen terme. Elle soumet le droit qui nous intéresse à la théorie de l'abus, mais elle se contente de lui donner l'étendue communément admise. Elle ne cherche qu'à réprimer la malveillance envers l'autre partie. Aussi, nous avons vu qu'elle autorise le refus d'embauchage d'un ouvrier syndiqué, quand le patron a un juste motif de redouter cette qualité; un commerçant en état de monopole profite d'une foule de motifs légitimes. Seule, dans un cas comme dans l'autre, la malveillance est capable de les rendre responsables.

Ainsi, dans un but de moralité, afin d'éviter un préjudice qu'elle estime contraire à l'équité, la jurisprudence restreint la liberté contractuelle. Refuser n'est pas un acte illicite, mais, en employant le langage de l'abus du droit, un acte abusif. On peut donc classer les cas de refus de contracter en actes illicites et en actes abusifs.

La rupture de négociations, cependant, ne peut rentrer absolument ni dans un cas ni dans l'autre. Rompre, en effet, des négociations, des fiançailles, ne constitue pas un simple abus du droit. La cause tient plus souvent à une légèreté, à une compréhension trop égoïste de l'intérêt personnel qu'à une intention malveillante. D'autre part, pour condamner, la jurisprudence et la doctrine invoquent un certain état d'engagement, l'existence de rapports de bonne foi entre les parties. La liberté contractuelle en est partiellement atteinte. Le partenaire a acquis un certain droit à la réalisation du contrat, le refus de l'autre partie en serait une violation.

On ne peut cependant assimiler cette rupture à l'inexécution d'un contrat ou la rétractation d'une offre et en faire un acte purement illicite. Il n'y a pas ici d'acte juridique, mais une série d'offres vagues et imprécises. La volonté des par-

ties ne s'exprime pas complètement, elle se réserve. Chacun, sur un pied d'égalité, concourt à la confection du futur contrat et n'acquiert donc contre son partenaire qu'un droit très limité. Une offre comprenant tous les éléments du contrat proposé a un tout autre caractère et une autre force. Elle est définitive (\*), son auteur ne demande qu'une acceptation pure et simple, une adhésion à la loi qu'il vient de tracer. Le contrat qui doit en résulter est un contrat d'adhésion. L'offre est alors un acte juridique, presque un contrat; son auteur l'a constituée à son gré, il est juste qu'elle oblige complètement, une fois émise. Puisque son ou ses destinataires ne peuvent la discuter ni la modifier, ils doivent du moins pouvoir compter sur sa solidité. L'offrant paie ainsi la rançon de l'avantage qu'il s'est réservé en fixant seul les conditions du contrat. L'offre émise ne lui appartient plus; il ne peut plus la rétracter, et doit accepter quiconque veut bien s'y conformer. Se rétracter ou refuser d'admettre l'acceptant constitue donc un acte pleinement illicite parce que contraire à une volonté clairement exprimée.

On est loin des offres vagues, de la nature de simples intentions et qu'il est nécessaire de compléter par des discussions postérieures; on ne peut en faire des actes juridiques, et leur rupture ne saurait constituer un acte essentiellement illicite. Elle tend seulement vers ce caractère, et reste abusive parce que la jurisprudence prend sur elle de la sanctionner en dehors de toute disposition légale.

---

(\*) Saleilles, *Resp. précontractuelle. Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 701-702

VU : *Le Doyen*,  
H. BERTHÉLÉMY.

VU : *Le Président*,  
J. HÉMAR.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :  
*Le Recteur de l'Académie de Paris*,  
S. CHARLÉTY.

## BIBLIOGRAPHIE

---

### Ouvrages de doctrine.

- AUBRY et RAU. — T. IV et V.  
BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Louage, II, 2487-2490.  
CAMPION. — Abus des droits, p. 95-101.  
COLIN et CAPITANT. — Droit civil, t. II.  
DEMOGUE. — Obligations, t. II.  
— Notions fondamentales, p. 618-619, 170-176.  
JOSSEMERAND. — De l'esprit des droits.  
— Les mobiles dans les actes juridiques.  
— Transports, nos 335-339, nos 815, 816.  
LALOU. — Responsabilité civile, p. 217, 429.  
LEHR. — Éléments de droit civil anglais, nos 704 et s.  
PAYEN et DUVEAU. — Les règles de la profession d'avocat.  
PLANIOL. — Traité de droit civil, t. II.  
POTHIER. — Traité du contrat de vente.  
RIPERT. — Règle morale dans les obligations.  
SALEILLES. — Déclaration de volonté.  
— Essai d'une théorie générale de l'obligation.  
VALÉRY. — Contrats par correspondance.

### Thèses.

- COHIN (Marco). — L'abstention fautive. Thèse Paris, 1929.  
LEDUC. — Avant-contrat. Thèse Paris, 1909.  
ROUBIER. — Essai sur la responsabilité précontractuelle. Thèse Lyon, 1911.

### Articles de doctrine.

- JOSSEMERAND. — Problème juridique de la rupture de fiançailles. Dalloz hebdomadaire, 1927, p. 21.  
LALOU. — Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles. Dalloz hebdomadaire, 1928, p. 1.

MOREL (René-Lucien). — Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles. *Rev. trim. de droit civil*, 1908, p. 289.

SALEILLES. — De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière. *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 697.

WAHL. — La lésion dans les promesses unilatérales de vente. *Rev. trim. de droit civil*, 1927, p. 571.

### Notes de jurisprudence.

BOULLANGER (Am.). — Liberté du commerce, Sir., 68. 4. 193; sous Cass., 3 décembre 1867.

BRÈTHE. — Abus du droit et refus de contracter. Sir., 25. 4. 217; sous Cass., 24 novembre 1924.

CAPITANT. — Refus d'embauchage. Dal. 26. 3. 9; sous Cons. d'État, 17 juillet 1925.

FERRON. — Refus d'embauchage. Sir., 05. 2. 17; sous Tribunal de Bordeaux, 14 décembre 1903.

JOSSERAND. — Refus d'embauchage. Dal., 08. 2. 73; sous jug. Tribunal de Lille, 12 novembre 1906.

— Rupture de fiançailles. Dal., 08. 2. 77; sous Cour de Lyon, 23 janvier 1907.

— Abus du droit. Dal., 13. 2. 180; sous Cour de Chambéry, 22 juillet 1912.

LABBÉ. — Liberté du commerce. Sir., 93. 2. 193; sous Trib. de paix, 9<sup>e</sup> arrêt, 13 janvier 1893.

NAQUET. — Abus du droit et refus d'embauchage. Sir., 12. 2. 97; sous Aix, 21 décembre 1920.

PLANIOL. — Refus d'embauchage. Dal., 06. 1. 113; sous Cass., 15 mars 1905.

— Refus d'embauchage. Dal., 11. 2. 385; sous Cour d'Aix, 21 décembre 1910.

— Refus d'embauchage. Dal., 16. 1. 25; sous Cass. (Ch. civile), 9 mars 1915.

P. B... — Preuve de la promesse de mariage. Dal., 08. 1. 201; sous Cass., 2 décembre 1907.

X... — Liberté du commerce et validité d'offres. Dal., 83. 1. 105.

X... — Liberté du commerce. Dal., 96. 1. 449; sous Cass., 19 février 1896.

---

# TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

## INTRODUCTION

|                                                | Pages |
|------------------------------------------------|-------|
| Faits constitutifs du refus de contracter..... | 1     |
| Nature juridique de ce refus.....              | 7     |
| Développement de ce droit.....                 | 9     |

## PREMIÈRE PARTIE

### Le droit de ne pas contracter; ses applications.

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE PREMIER. — <i>Nature</i> .....                                       | 13 |
| CHAPITRE II. — <i>Conditions d'existence</i> .....                            | 15 |
| <i>Section I.</i> — Absence d'un droit contraire .....                        | 16 |
| A. Abstention de la volonté .....                                             | 16 |
| Situation des commerçants et des industriels . . . .                          | 16 |
| Situation des employeurs .....                                                | 18 |
| Situation des négociateurs .....                                              | 19 |
| Situation des fiancés. . . . .                                                | 20 |
| Situation des particuliers .....                                              | 21 |
| B. Abstention de la loi .....                                                 | 22 |
| Situation des commerçants et des industriels... .                             | 22 |
| Situation des employeurs .....                                                | 23 |
| Situation des particuliers .....                                              | 24 |
| Situation des associations et syndicats .....                                 | 25 |
| <i>Section II.</i> — Échec du droit contraire .....                           | 27 |
| A. Offre ou acceptation non parvenue au destinataire . .                      | 28 |
| B. Acceptation après disparition de l'offre.....                              | 30 |
| a) Rétractation.....                                                          | 30 |
| 1 <sup>o</sup> Expresse .....                                                 | 31 |
| 2 <sup>o</sup> Tacite.....                                                    | 32 |
| b) Caducité.....                                                              | 34 |
| C. Acceptation non conforme à la teneur expresse ou<br>tacite de l'offre..... | 35 |

|                                                                                                                                                   | Pages |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| a) Acceptation non conforme à la teneur expresse de l'offre : 1° acceptation conditionnelle; 2° acceptation non conforme aux conditions . . . . . | 35    |
| b) Acceptation non conforme à la teneur tacite de l'offre . . . . .                                                                               | 38    |
| 1° Restrictions tenant à l'exécution de l'offre . . . . .                                                                                         | 38    |
| 2° Restrictions tenant à la nature de l'offre . . . . .                                                                                           | 39    |
| 3° Restrictions relatives à l'objet de l'offre . . . . .                                                                                          | 39    |
| 4° Restrictions tenant à la personne de l'acceptant . . . . .                                                                                     | 40    |
| <i>Section III. — Nullité du droit contraire.</i> . . . .                                                                                         | 44    |
| A. Nullité de l'avant-contrat . . . . .                                                                                                           | 45    |
| a) Nullité absolue . . . . .                                                                                                                      | 45    |
| 1° Inexistence . . . . .                                                                                                                          | 45    |
| 2° Nullité absolue proprement dite . . . . .                                                                                                      | 49    |
| b) Nullité relative . . . . .                                                                                                                     | 51    |
| B. Nullité du contrat définitif . . . . .                                                                                                         | 52    |
| a) Nullité absolue . . . . .                                                                                                                      | 52    |
| b) Nullité relative . . . . .                                                                                                                     | 53    |
| 1° Vente entre époux . . . . .                                                                                                                    | 53    |
| 2° Vente de la chose d'autrui . . . . .                                                                                                           | 54    |
| 3° Vente lésionnaire . . . . .                                                                                                                    | 55    |
| C. Modifications survenues à l'avant-contrat . . . . .                                                                                            | 56    |
| a) Exécution exigée différente de l'exécution prévue . . . . .                                                                                    | 56    |
| b) Modification dans la personne de l'autre partie . . . . .                                                                                      | 57    |
| 1° Incapacité . . . . .                                                                                                                           | 57    |
| 2° Changement . . . . .                                                                                                                           | 58    |
| CHAPITRE III. — <i>Effets.</i> . . . .                                                                                                            | 61    |
| a) Effets absolus du droit . . . . .                                                                                                              | 61    |
| b) Applications : Rôle de la jurisprudence . . . . .                                                                                              | 61    |
| α. Effacé, à propos des commerçants, particuliers, propriétaires . . . . .                                                                        | 62    |
| β. Important à propos des offres . . . . .                                                                                                        | 64    |

## DEUXIÈME PARTIE

### Restrictions au droit de ne pas contracter.

|                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE PREMIER. — <i>Nature.</i> . . . .                       | 68 |
| <i>Section I. — Origine de ces restrictions.</i> . . . .         | 68 |
| A. La volonté : Contrat; offre; acceptation d'hérédité . . . . . | 68 |
| B. La loi . . . . .                                              | 70 |
| C. La jurisprudence . . . . .                                    | 70 |
| <i>Section II. — Nature de ces restrictions.</i> . . . .         | 71 |

|                                                             | Pages |
|-------------------------------------------------------------|-------|
| CHAPITRE II. — <i>Conditions d'existence</i> .....          | 73    |
| <i>Section I.</i> — Restrictions volontaires.....           | 73    |
| A. Restrictions provenant d'un contrat.....                 | 74    |
| a) Contrat définitif entre les mêmes parties.....           | 75    |
| b) Contrat définitif avec une tierce personne.....          | 79    |
| Officiers ministériels.....                                 | 79    |
| Compagnies concessionnaires.....                            | 79    |
| B. Restrictions provenant d'une offre ...                   | 84    |
| a) Offre complète, acte juridique.....                      | 85    |
| 1. Offre non parvenue.....                                  | 85    |
| 2. Offre parvenue au destinataire.....                      | 86    |
| 3. Offre acceptée.....                                      | 90    |
| b) Offre incomplète.....                                    | 94    |
| c) Restrictions provenant d'une acceptation d'hérédité..... | 97    |
| <i>Section II.</i> — Restrictions légales.....              | 97    |
| A. Restrictions traditionnelles.....                        | 98    |
| a) Dans l'intérêt des particuliers.....                     | 98    |
| b) Dans l'intérêt de l'État.....                            | 98    |
| c) Restrictions indirectes.....                             | 99    |
| B. Restrictions nouvelles dans un but social.....           | 101   |
| a) En faveur des commerçants.....                           | 101   |
| b) En faveur des fermiers.....                              | 102   |
| c) En faveur des mutilés.....                               | 103   |
| d) En faveur des syndicats.....                             | 103   |
| <i>Section III.</i> — Restrictions jurisprudentielles.....  | 104   |
| A. Restrictions d'intérêt général.....                      | 105   |
| a) Restrictions à la liberté commerciale.....               | 105   |
| 1° Conditions d'application de ces restrictions ..          | 108   |
| α. Existence d'un monopole.....                             | 108   |
| β. Absence de motifs légitimes.....                         | 109   |
| 1. Classification des motifs légitimes...                   | 110   |
| 2. Nature des motifs légitimes.....                         | 113   |
| 3. Motifs illégitimes.....                                  | 114   |
| 2° Fondement de ces restrictions.....                       | 116   |
| α. Clause sous-entendue tirée du fait de la concession..... | 116   |
| β. Abus du droit.....                                       | 117   |
| b) Restrictions à la liberté des employeurs.....            | 119   |
| 1° Absence de loi.....                                      | 121   |
| 2° La jurisprudence.....                                    | 121   |
| α) Tendance stricte.....                                    | 121   |
| β. Tendance libérale.....                                   | 123   |

|                                                           | Pages |
|-----------------------------------------------------------|-------|
| B. Restrictions dans un intérêt privé.....                | 127   |
| a) Rupture de négociations.....                           | 127   |
| 1 <sup>o</sup> Existence de rapports de bonne foi.....    | 128   |
| 2 <sup>o</sup> Rupture illégitime.....                    | 129   |
| 3 <sup>o</sup> Caractères du préjudice.....               | 131   |
| b) Rupture de fiançailles.....                            | 133   |
| I. Conditions d'application de cette responsabilité.....  | 134   |
| 1 <sup>o</sup> Existence de rapports de fiançailles.....  | 134   |
| α. Nature de ces rapports.....                            | 134   |
| β. Qualités qu'ils doivent revêtir.....                   | 135   |
| 2 <sup>o</sup> Rupture injustifiée.....                   | 137   |
| 3 <sup>o</sup> Caractères du préjudice.....               | 139   |
| α. Préjudice matériel.....                                | 139   |
| 1. Nature.....                                            | 139   |
| 2. Qualités requises.....                                 | 141   |
| Suites logiques du projet de mariage.....                 | 141   |
| Actes provoqués par l'auteur de la                        |       |
| rupture.....                                              | 145   |
| Actes constitutifs d'un dommage... ..                     | 145   |
| β. Préjudice moral.....                                   | 147   |
| 1. Interne.....                                           | 147   |
| 2. Externe; futur; actuel.....                            | 148   |
| Éprouvé par le fiancé; par la fiancée.....                | 148   |
| II. Fondement de cette responsabilité.....                | 149   |
| a) La loi.....                                            | 149   |
| b) La jurisprudence.....                                  | 150   |
| 1 <sup>o</sup> Absence de responsabilité contractuelle..  | 150   |
| 2 <sup>o</sup> Essai d'une responsabilité délictuelle.... | 150   |
| Critique.....                                             | 152   |
| 3 <sup>o</sup> Détermination d'une responsabilité parti-  |       |
| culière.....                                              | 154   |
| Cas d'application.....                                    | 154   |
| Dommages-intérêts.....                                    | 155   |
| Preuve.....                                               | 155   |
| Conclusion.....                                           | 157   |
| CHAPITRE III. — <i>Effets</i> .....                       | 160   |
| Nature de l'obligation de contracter.....                 | 160   |
| Montant de la réparation.....                             | 160   |
| A. Réparation complète.....                               | 160   |
| a) Avant-contrat.....                                     | 160   |
| b) Offre.....                                             | 161   |
| c) Restrictions légales.....                              | 163   |

|                                                           | Pages |
|-----------------------------------------------------------|-------|
| B. Réparation partielle.....                              | 164   |
| a) En cas de restrictions à la liberté du commerçant..... | 164   |
| b) Des employeurs.....                                    | 164   |
| c) En cas de pourparlers.....                             | 165   |
| 1 <sup>o</sup> Ruptures de négociations.....              | 165   |
| 2 <sup>o</sup> Ruptures de fiançailles.....               | 165   |
| Conclusion.....                                           | 169   |
| Bibliographie .. .                                        | 175   |









